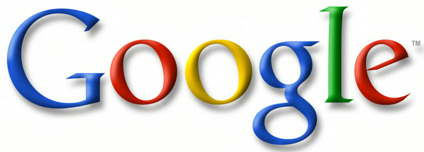






Germany

DE ARTT. 1302 EN 1303 B. W. IN
THEORIE EN PRAKTIJK.

De artt. 1302 en 1303 B. W. in theorie en praktijk.

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE LEIDEN,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

Mr. S. J. FOCKEMA ANDREÆ,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID,

VOOR DE FACULTEIT TE VERDEDIGEN

op Vrijdag 13 April 1894, des namiddags ten 3 ure,

DOOR

DIMMEN LODDER,

GEBOREN TE GOEDEREEDE.

LEIDEN. — G. LOS.
1894.

AAN MIJN OUDERS.

INHOUD.

INLEIDING.

Het niet nakomen aan haar verplichtingen door een der partijen in een wederkeerige overeenkomst, wordt door de wet beschouwd als de vervulling eener ontbindende voorwaarde. Zulk een ontbindende voorwaarde wordt aanwezig geacht in alle wederkeerige overeenkomsten, ook al mocht ze niet door partijen uitdrukkelijk zijn gestipuleerd.

De daarop betrekking hebbende bepalingen vinden we vervat in de artt. 1302 en 1303 B. W. Deze artt. oppervlakkig beschouwd zoo eenvoudig, blijken echter bij een nadere kennismaking de bron te zijn van talrijke rechtsvragen. Die kwesties zijn niet van gisteren, maar reeds zoo oud als ons wetboek. Geen wonder, dat tal van juristen sints lang hun krachten beproefden, die op te lossen. Evenwel algemeene overeenstemming werd daardoor omtrent de meeste vragen niet verkregen.

Het leek mij daarom nuttig in mijn proefschrift een overzicht dier kwestiën te geven, waarbij ik dan tevens de gelegenheid zal hebben, te ontwikkelen, welke beslis-

singen mij naar de beginselen juist voorkomen. Ook op de jurisprudentie zal het oog geslagen worden en telkens worden vermeld in welke richting zij zich bewoog.

Het onderwerp zal verdeeld worden in drie hoofdstukken.

In het eerste hoofdstuk meende ik een beschouwing te moeten laten voorafgaan over het begrip en wezen der wederkeerige overeenkomst. Van zelf leidt dit tot de bespreking van een der belangrijkste vragen die in deze materie bestaat n.l. of de zoogenaamde exceptio non adimpleti contractus in ons recht voorkomt.

Hoezeer dit nog een kwestie heeten mag, blijkt wel daaruit, dat twee der jongste commentatoren van ons B. W. (de hoogleeraren Asser en Land) op dit punt van gevoelen verschillen.

In het tweede hoofdstuk zal de stilzwijgende ontbindende voorwaarde besproken worden, haar begrip, oorsprong en gevolgen, terwijl het derde zal handelen over de actie tot ontbinding.

HOOFDSTUK I.

Begrip en wezen der wederkeerige overeenkomst.

Terecht is door prof. LAND [1]) opgemerkt, dat een bepaling als die van art. 1302 beter op haar plaats zou zijn in den tweeden titel van het derde boek, handelende over verbintenissen uit overeenkomst. Genoemd art. toch spreekt over wederkeerige overeenkomsten. Het leert wat het gevolg kan zijn, zoo een der partijen haar niet nakomt. En al wordt in dat geval geacht, dat de ontbindende voorwaarde er in plaats grijpt, was dit nog geen reden deze bepaling in een afdeeling over de voorwaarden te plaatsen. POTHIER [2]) behandelt deze materie bij het te niet gaan der verbintenissen. Dit zou ook in onze wet zeer goed mogelijk zijn; art. 1417 toch noemt ook de ontbindende voorwaarde onder de wijzen, waarop verbintenissen te niet gaan.

Dat het bij de behandeling van deze stof een eerste

---

[1]) Verklaring van het burgerlijk wetboek. III. p. 58.

[2]) Traité des obligations, n°. 672.

vereischte is, te weten, wat men verstaan moet onder wederkeerige overeenkomsten behoeft nauwelijks gezegd te worden.

Een onderzoek daarnaar zal daarom ook hier allereerst zijn plaats vinden; en te meer is dit noodig nu de wetgever enkel den naam heeft vermeld, het aan de praktijk overlatende, wat zij daaronder wil verstaan.

Onze wetgever week hierin van den Code af, die in de artt. 1102—1106 verschillende onderscheidingen der overeenkomsten behandelde. Alleen de onderscheiding in contrats de bienfaisance en à titre onéreux werd in art. 1350 behouden.

Waarom juist deze onderscheiding? De reden ervan kan moeielijk gegist worden. OPZOOMER meent het aan het toeval te moeten toeschrijven, waarom men van de eene onderscheiding wel, van de andere geen afscheid heeft kunnen nemen. DE PINTO evenwel juicht de handelwijze van onzen wetgever toe. De weglating der onderscheidingen van de artt. 1102—1104 C. C. zal hierop berusten, dat zij enkel van wetenschappelijken aard en van geen praktisch nut of gevolg zijn. Dit laatste is wel het geval met de onderscheiding der overeenkomsten om niet en onder bezwarenden titel.

Wij gelooven evenwel met OPZOOMER, dat het niet van het praktische belang moet afhangen, maar van de vraag of een begripsbepaling noodig is. Zeer zeker wordt een begripsbepaling der wederkeerige overeenkomsten door art. 1302 geëischt. Het is alzoo noodig om, nu het

niet door den wetgever is gedaan, dit begrip allereerst vast te stellen.

En hiervoor hebben wij een gemakkelijk middel. Ons art. 1302 is ontleend aan art. 1184 C. C. We mogen dus aannemen, dat beide bepalingen hetzelfde beoogen, m. a. w. dat we onder wederkeerige overeenkomsten het zelfde hebben te verstaan, als art. 1184 begrijpt onder contrats synallagmatiques. Van contrats synallagmatiques en unilatéraux nu vinden we definities in de art. 1102 en 1103 C. C. »Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres."

»Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement."

Voor het tot stand komen van een overeenkomst zijn twee partijen noodig. Beiden behoeven evenwel geen verbintenis op zich te nemen. Doen ze het beiden wel, het contract is tweezijdig, bilatéral. Verbindt zich echter slechts een, het contract is eenzijdig, unilatéral; de een is schuldeischer, de ander schuldenaar. Zal dus volgens de definitie van den Code een overeenkomst tweezijdig zijn, we hebben er slechts op te letten of aan weerszijden verplichtingen bestaan.

Deze bepaling is echter veel te ruim; want houden we er aan vast, bruikleen en bewaargeving b. v. zouden ook onder de tweezijdige overeenkomsten moeten worden gerangschikt. Bewaargeving toch verplicht den bewaar-

nemer tot zorg voor het goed en tot teruggave; den bewaarnemer in sommige gevallen tot schadeloosstelling wegens kosten aan het goed gemaakt of nadeel door het goed aan de bezittingen des bewaarnemers teweeggebracht. Eveneens zal de uitleener in sommige gevallen gehouden zijn tot vergoeding van gemaakte kosten.

Is nu de bepaling van art. 1302 ook op deze en soortgelijke overeenkomsten van toepassing? Zoo ja, dan erlangt de toepassing van dat art. een bedenkelijke uitbreiding. We verkeeren dus in dezen in een moeielijkheid, in een verwarring en de schuld daarvan is te wijten aan POTHIER. Deze schrijver, en in navolging vele anderen, onderscheidde [1]) de wederkeerige overeenkomsten in contrats synallagmatiques parfaits (noodzakelijk wederkeerige overeenkomsten) en contrats synallagmatiques imparfaits (toevallige of onvolkomen wederkeerige overeenkomsten).

Eerstgenoemden zijn de zoodanigen, waarbij naar den aard van het contract beide partijen verbonden zijn; voor beiden ontstaan *uit het contract* rechten, voor beiden verplichtingen. Als typen van deze groep noemen we koop, en huur.

De laatsten zijn wat hun aard en bestemming aangaat eenzijdig; echter kan door latere omstandigheden, met de overeenkomst in verband staande, ook voor den anderen contractant verplichtingen geboren worden. De

---

[1]) Traité des obligations, n°. 9.

Romeinen gaven in dat geval aan de actie verschillende namen. De noodzakelijk uit de overeenkomst voortspruitende actie noemden zij actio directa, die uit toevallige omstandigheden ontstond actio contraria. Als voorbeelden van deze kunnen gelden: lastgeving, bruikleen, bewaargeving.

Het is duidelijk, dat men den aard van een overeenkomst moet beoordeelen naar het oogenblik, waarop zij tot stand komt. Welnu op dat oogenblik zijn de bedoelde overeenkomsten eenzijdig, alleen de bewaarnemer verbindt zich tot iets, het goed te bewaren en weer terug te geven. En al brengt dat goed ook door latere toevallige omstandigheden schade aan de bezittingen des bewaarnemers teweeg, zoodat de bewaargever gehouden is dit te vergoeden, dan kan dit feit den aard van het contract niet veranderen. Het is en blijft eenzijdig. Wilde men het van karakter doen veranderen; het zou noodig zijn, dat partijen een nieuwe overeenkomst sloten.

Door nu deze eenzijdige contracten als onderdeelen der tweezijdige overeenkomsten te beschouwen kwam de bovengenoemde verwarring in de wereld. Het spreekt wel van zelf, dat art. 1302 alleen van toepassing is op de zoogen. contrats synallagmatiques parfaits, wat ook in Frankrijk ten opzichte der artt. 1184 en 1325 C. C. het geval is.

Hoewel de Fransche wetgever die onderscheiding van Pothier niet heeft overgenomen, schijnt zij hem toch nog wel voor den geest te hebben gezweefd. Dit blijkt

hieruit, dat in den titel van verbruikleen voorkomt een afdeeling over de verplichtingen van den uitleener en een afdeeling over die van den leener.

Onze slotsom is dus, dat we onder wederkeerige overeenkomsten hebben te verstaan dezulken, waarbij naar den aard der overeenkomst beide partijen verbonden zijn, direct uit het contract voor beide rechten, voor beide verplichtingen geboren worden. Nu doet zich hierbij deze vraag voor, die het wezen der wederkeerige overeenkomsten raakt: Wat is n.l. de verhouding dier wederzijdsche praestaties. Staan ze met elkander in verband, of staan ze geheel zelfstandig naast elkander.

Het spreekt wel van zelf, dat een juist begrip van het wezen eener rechtsbetrekking een allereerste vereischte is, om tot een gezonde toepassing ervan te geraken. Een onderzoek naar het wezen der wederkeerige overeenkomsten kan daarom met reden van mij gevraagd worden, Dit klemt te meer nu de schrijvers omtrent de zoo even gestelde vraag in twee kampen verdeeld zijn en ook de rechtspraak op dit punt niet eensluidend is.

Als hoofdaanvoerders in dezen strijd mogen we noemen Prof. FRUIN en Mr. DE SAVORNIN LOHMAN, welke rechtsgeleerden deze vraag in twee uitstekend geschreven Themisartikelen [1]) bespraken.

---

[1]) Themis, 2de verzameling, dl. IV. p. 345.
Themis „ „ „ V. p. 186.

Deze vraag nu beantwoordende, hebben we na te gaan deze andere vraag; wat stellen partijen zich voor, wat was hun wil bij het aangaan dier rechtshandeling.

Nemen we aan, dat de wederzijdsche praestaties geheel zelfstandig naast elkander staan, dan moet ons antwoord zijn, dat ieder der partijen op zich neemt een zekere praestatie te vervullen, zonder meer. Ieder contractant kan, afgezien van zijn praestatie, eischen van den ander, dat deze vervulle, waartoe hij zich van zijn kant verbond.

Stel eens ik heb u een paard verkocht voor den prijs van *f* 200; dan zal men dit volgens deze zienswijze aldus moeten opvatten: gij zult denken, dat ik u een paard ben schuldig geworden, even alsof ik u dat geschonken had b. v. Ik verkooper zal van mijn kant zeggen, gij zijt mij *f* 200 schuldig, b. v. op de zelfde wijze, alsof ik u die had geleend.

Van deze opvatting verklaart Prof. DIEPHUIS zich een voorstander [1]).

»Voor beide partijen ontstaat door de overeenkomst een verplichting en de eene zoowel als de andere is tot de vervulling daarvan gehouden, maar de vervulling der eene is daarom niet van die der andere afhankelijk en het regt, dat de wet aan de eene partij toekent, wanneer de andere hare verplichting niet nakomt, mag en moet daarom ook geacht worden van hare eigene nakoming

---

[1]) Het Nederl. burgerlijk regt. dl. X, p. 284.

onafhankelijk te zijn, doordien de wet het daarvan volstrekt niet heeft laten afhangen."

Maar is dat wel de bedoeling der partijen?

Of is het eerder zoo gelegen, dat de een zich slechts daarom verbond om tegelijk daarvoor terug te ontvangen de contrapraestatie, die hij bedong. Was het niet de bedoeling, dat hij slechts dan en daarom zou geven, wanneer en indien de ander ook van zijn kant althans bereid was, zijn verplichtingen na te komen.

Is het niet, als met die twee knapen, die afspraken tol en knikkers te ruilen? Zal hij, die den tol beloofde niet verontwaardigd weigeren, dien af te staan, als de ander hem aan hun afspraak herinnerend, niet tevens zijn hand uitstrekt, waarin het afgesproken getal knikkers zich bevindt, om gelijk over te steken. Zijn gevoel van billijkheid van recht, verzet er zich tegen, want wat zijn makker eischte, was niet wat zij afspraken.

Zoo ook de ruilhandel met natuurvolken, het is niet anders dan een gelijktijdig uitvoeren van beider verplichtingen.

Het wezen, de natuur der wederkeerige overeenkomst brengt dus mede de verplichting voor partijen om hun praestaties tegelijkertijd te vervullen. Nu spreekt het wel van zelf, dat partijen kunnen bepalen, dat een hunner het eerst zal moeten praesteeren, evengoed als de wet dit kan voorschrijven. Ook zijn er overeenkomsten, wier aard het schijnbaar meebrengt, dat een gelijktijdige vervulling onmogelijk is. Dat nu is het geval bij

die contracten, waarbij de eene partij slechts een oogenblik, de andere een grootere tijdsruimte noodig heeft tot het nakomen der overeenkomst. Zoo b. v. het huurcontract. De verhuurder is o. a. verplicht den huurder het rustig genot te doen hebben van het verhuurde. Zoo lang de huur duurt, duurt dus ook het volbrengen der overeenkomst van zijn kant. Wil nu de huurder de nakoming eischen van de overeenkomst, hij zal kunnen volstaan met aan te bieden aan het einde van den huurtijd den prijs te betalen. Wat hij dan vraagt is niets dan gelijktijdige vervulling van beide partijen, volkomen in overeenstemming met den aard der wederkeerige overeenkomsten.

De partij toch, die slechts een oogenblik tijd noodig heeft tot vervulling zijner verplichting zal kunnen wachten met voldoening zijnerzijds, tot dat hij die daartoe langeren tijd noodig had ook van zijn kant heeft vervuld.

Ook de ontwerpers van een burgerlijk wetboek voor het Duitsche rijk hebben de wederkeerige overeenkomst opgevat, zooals hierboven werd ontwikkeld en hun opvatting neergelegd in § 362.

»Der gegenseitige Vertrag ist von den Verbragschliesszenden wechselseitig zu gleicher Zeit (Zug um Zug) zu erfüllen, sofern nicht aus dem Gesetze oder dem Vertrage ein anderes sich ergiebt" [1]).

---

[1]) § 271 van de 2de lezing luidt aldus: „Bei einem gegenseitigen Vertrage kann jeder Theil, sofern er nicht vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern."

En in de memorie van toelichting op genoemde §[1]) lezen wij;

»In § 262 ist zu nächst, vorbehaltlich der aus Gesetz und Vertrag sich ergebenden Ausnahmen, als Regel ausgesprochen, dasz der gegenseitige Vertrag von den Kontrahenten Zug um Zug, d. h. wechselseitig zu gleicher Zeit, zu erfüllen sei. Mögen jene Ausnahmen auch zahlreich und im praktischen Leben die Fälle sehr häufig sein, wo die Regel nicht eingehalten wird, so ist dieselbe doch als Grundsatz in mancherlei Richtung von entschiedener Wichtigkeit."

De vraag waar wij ons thans mee bezighouden is niet louter theoretisch, zij sleept ook practische gevolgen na zich en wel met name bij de actie tot nakoming van het contract. Juist naar aanleiding hiervan openbaarde zich de strijd. Neemt men aan, dat uit een wederkeerige overeenkomst twee geheel van elkander onafhankelijke verplichtingen geboren worden, dan zal ieder der contractanten den ander kunnen aanspreken zonder aan de nakoming van eigen verplichting zelfs maar te denken. De ander heeft zich aan hem verbonden zonder meer; welnu dan heeft hij ook het recht die nakoming te eischen zoo de ander in gebreke mocht blijven aan zijn verplichting te voldoen.

Neemt men evenwel aan, wat ons als van zelf sprekend toeschijnt, dat het wezen der wederkeerige over-

[1]) Deel II, pag. 200.

eenkomsten meêbrengt een gelijktijdige vervulling van beide partijen, dat er tusschen beide praestaties een innig verband bestaat, dan wordt de zaak geheel anders.

Geen van beide partijen mag iets anders vorderen, dan wat eigenaardig de overeenkomst meêbrengt, gelijktijdige vervulling.

Jeder Theil kann bei einem gegenseitigen Zug um Zug zu erfüllenden Vertrage Klage erheben auf Verurtheilung des anderen Theiles zur Erfüllung Zug um Zug [1]).

Stelde nu een der partijen een vordering in, waarin hij van den ander eischte nakoming zonder zelf te hebben voldaan of zijn praestatie te hebben aangeboden, dan zou deze eisch den eischer niet kunnen volgen.

De gedaagde zal zeggen, schrijft Mr. DE SAVORNIN LOHMAN [2]):

»gij zijt in uw eisch niet ontvankelijk, want ik ben niet meer in gebreke dan gij; gij neemt de vrijheid, de vervulling uwer belofte te verschuiven, welnu ik doe dat met het zelfde recht; wilt gij mij noodzaken mijne verplichtingen uit te voeren zonder aan de uwe uitvoering te hebben gegeven, zonder dit zelfs aan te bieden,

---

[1]) E. B. G. B. § 365 abs. 1. satz 1. § 273 2de lezing luidt: Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem anderen Theile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, dasz der Beklagte zur Erfüllung Zug um Zug zu verurtheilen ist.

[2]) T. a. p.

dan vordert gij iets van mij, dat in strijd is met hetgeen wij geacht moeten worden te zijn overeengekomen; onze bedoeling was, onze verbintenissen gelijktijdig te vervullen, daar wij anders het tegendeel uitdrukkelijk zouden hebben bepaald; gij vordert, dat ik de mijne het eerst zal uitvoeren; gij vraagt dus meer dan u toekomt te vragen; uw eisch kan u derhalve niet volgen."

Dit verdedigingsmiddel van den gedaagde, uit het wezen der wederkeerige overeenkomsten voortspruitende, wordt door de schrijver genoemd de exceptio non adimpleti contractus (Einrede des nicht erfüllten Vertrages); een naam, die evenwel niet in de bronnen voorkomt.

Sommige schrijvers [1]) meenen, dat een opvatting, als de hierboven ontwikkelde niet wel is overeen te brengen met ons hedendaagsch recht.

In ons recht toch komen alle overeenkomsten door de enkele wilsovereenstemming tot stand. Laat men de verbindbaarheid afhangen van een latere handeling van een der partijen, dan worden we weer teruggevoerd naar de contractus innominati der Romeinen. Bij deze contractus kwam eerst door de praestatie aan de eene zijde, aan de andere zijde een rechtsgeldige verbintenis

---

[1]) Mr. Fruin t. a. p. Ook Prof. Asser schijnt hier op te doelen, als hij schrijft: „Ook hebben wij niet meer de contractus innominati, waar de rechtsgrond van verbindbaarheid voor de eene partij eerst ontstond, indien de andere aan de overeenkomst had gevolg gegeven. Bij ons geldt art. 1374 B. W." Handleiding tot de beoefening van het Nederl. B. W.

tot stand. Voor ons kan dit niet meer gelden. Wij zijn er verre van te meenen, dat de nakoming vereischt wordt voor het tot stand komen der verbintenis. Door de enkele wilsovereenstemming komt de overeenkomst tot stand. Beide partijen zijn dadelijk uit het contract gebonden, beiden zijn schuldig, waartoe zij zich verbonden; alleen die verplichtingen staan niet ieder op zich zelf los van elkander. Ze als zoodanig te beschouwen, ware in strijd met de bedoeling der partijen, in strijd met het wezen der wederkeerige overeenkomst. Wanneer een der partijen den ander aanspreekt zonder zelf voldaan te hebben of voldoening aan te bieden, dan zal de gedaagde hem niet antwoorden, ik ben u niet schuldig, omdat gij zelf nog niet hebt voldaan; maar veeleer: wat gij van mij vraagt, beken ik u schuldig te zijn, maar ik werp u tegen de wederkeerigheid onzer verbintenis, krachtens welke wij tot een gelijktijdige vervulling verplicht zijn.

Het wezen der wederkeerige overeenkomsten zal meêbrengen een gelijktijdige vervulling van beide partijen; — neen zegt Prof. DIEPHUIS, een dergelijke opvatting is in strijd met de werkelijkheid.

»Waar ziet men, dat ten gevolge van koop en verkoop eener landhoeve of boerenplaats voor éénen koopprijs, terwijl het huis op dien, het groenland op een anderen, het bouwland weder op een anderen tijd aanvaard zal worden, de betaling ook in evenredigheid daarmede op verschillende tijden geschiedt of zal geschieden.”

Dat dit voorbeeld door den schrijver niet gelukkig is gekozen, valt in het oog. Wij hebben hier te doen met een overeenkomst, waarbij de eene partij slechts een oogenblik, de andere een grootere tijdsruimte noodig heeft tot het nakomen der overeenkomst. Alles immers is verkocht voor éénen koopprijs. De kooper heeft nagekomen, als hij het laatste stuk heeft geleverd; maar ook eerst dan is volgens onze opvatting de kooper verplicht te betalen.

Maar afgezien hiervan, zou ik willen vragen is *daarom* onze opvatting ongegrond en willekeurig, zooals deze geachte schrijver beoogt? Moet men het wezen der wederkeerige overeenkomsten opmaken uit hetgeen men in het dagelijksch leven ziet gebeuren?

Vaak spelen daar andere factoren gewichtige rollen, crediet, vertrouwen, plaatselijke gewoonten en wat al niet. Zeker niemand zal willen beweren, dat wat in de werkelijkheid geschiedt, tevens zoo is naar streng recht. En juist op dat laatste komt het aan. Dit te weten is noodig, omdat de rechter, wanneer een geschil aan hem ter beslissing wordt opgedragen, zijn uitspraak moet gronden op de regelen van ons recht.

De slotsom van ons betoog is dus, dat het wezen der wederkeerige overeenkomsten medebrengt, dat wanneer een der partijen in zulk een overeenkomst een vordering instelt om den ander tot nakoming te nopen zonder zelf aan zijn verplichting te voldoen of zich daartoe bereid te verklaren, den gedaagde een verdedigings-

middel toekomt om dien eisch af te weren, dat wij in navolging der schrijvers zullen noemen »exceptio non adimpleti contractus.

Wanneer dit in het algemeen waar is, dan kunnen we dat ook op ons recht toepassen. Dezen sprong mogen we echter niet maken zonder afgerekend te hebben met de hoogleeraren DIEPHUIS en ASSER. »Het is," schrijft eerstgenoemde [1]) »volkomen in overeenstemming met de roeping van den wetgever, bij zijne bepalingen te letten op — en rekening te houden met — wat men mag aannemen dat partijen bij het aangaan van overeenkomsten, en in het algemeen de menschen bij hunne handelingen zullen bedoeld hebben. Wij, die geen wetgevers zijn, kunnen hebben na te gaan, wanneer de bewoordingen eener uiterste wilsbeschikking voor onderscheidene opvattingen vatbaar zijn, welke de bedoeling geweest zij van den erflater, die haar heeft gemaakt (art. 933), en wanneer zulks het geval is met de bewoordingen eener overeenkomst, welke de bedoeling is geweest der handelende partijen (art. 1379), dus te vragen naar de bedoeling van bepaalde personen met betrekking tot bepaalde handelingen; maar algemeene bepalingen maken, of ook maar algemeene stellingen, die als grond voor de beslissing van rechtsvragen dienst zullen doen, bouwen op hetgeen wij aannemen, dat in het algemeen door de menschen bedoeld zal worden, dat mogen of kunnen

[1]) T. a. p.

wij niet. En doen wij het evenwel, dan doen wij meer of minder kennelijk, wat des wetgevers is, wat buiten onzen kring ligt, maar waartoe wij dan ook onbevoegd zijn en wat daarom alle wezenlijke kracht mist."

Prof. Asser schrijft: »Op den voorgrond staat, dat onze wet niets zegt van eene exceptie, op grond, dat de eischer zijnerzijds nog niet aan de verbintenis zou hebben voldaan, en dat het bedenkelijk mag heeten stilzwijgend in de wet voorwaarden in te voegen, waar zij zelve die niet stelt. Ons recht wordt bepaald door onze wet; men moge die afkeuren en aan andere beginselen de voorkeur geven, toch is men er aan gebonden (art. 11 Alg. Bep.)."

Tegen Prof. Diephuis dit. Deze schrijver huldigt een andere opvatting over het wezen der wederkeerige overeenkomsten, als wij. Hij toch beschouwt de beide praestaties als geheel onafhankelijk van elkander. Bij zijn opvatting kon dus van een exceptie der tegenpartij geen sprake zijn. Wij eerbiedigen die opvatting, maar stellen er de onze tegenover. De wetgever zelf laat zich niet uitdrukkelijk over de kwestie uit. Voor beide opvattingen is dus volgens onze wet plaats. Wanneer wij nu onze opvatting ook op ons recht willen toepassen, dan beschuldigt Prof. Diephuis ons, dat we ons willen plaatsen op het standpunt van den wetgever; maar vragen wij, zou bij dezen stand van zaken het zelfde verwijt dien geachten geleerde niet kunnen treffen?

Evenwel van een dergelijke aanmatiging kan hier

geen sprake zijn. Wanneer de wetgever niet in alle kwesties omtrent eenig instituut heeft voorzien, dan staat het aan den verklarer der wet die kwesties op te lossen en wie zal het misduiden, dat hij dan het eerst bij het wezen van dat instituut te rade gaat.

Prof. ASSER schijnt het wel met onze opvatting over het wezen der wederkeerige overeenkomsten eens te zijn. Wij leiden dit af uit hetgeen Z. H. G. schrijft [1]) dat het hedendaagsche recht »uitgaat van dit beginsel, dat bij alle volmaakt wederkeerige overeenkomsten de verplichtingen over en weder zoo innig zijn saamgeweven, dat het eenzijdig verbreken of schenden van den band noodzakelijk het geheele weefsel van rechten en verplichtingen moet kunnen doen uiteenvallen, ook al moge zulks niet door partijen aldus zijn bepaald."

Prof. ASSER zou dus ook gaarne de exceptio non adimpl. contractus in ons recht willen erkennen, maar wat hem daarin verhinderd, is, wat wij zagen, dat de wet van een exceptie niet spreekt.

Zeker ons recht wordt bepaald door onze wet, maar wanneer de wet een vraag openlaat, dan zijn we volkomen gerechtigd om de ontstane leemte uit de beginselen, die omtrent die materie gelden, aan te vullen. De strijd in deze kwestie kan dus slechts loopen over het wezen der wederkeerige overeenkomsten. Zoolang althans niet wordt bewezen, hetzij langs historischen

[1]) T. a. p. pag. 170, eveneens pag. 115 en 116.

weg, hetzij elders uit de wet, dat onze wetgever de een of andere opvatting moet hebben gekoesterd.

Dit te bewijzen ten gunste van onze opvatting is thans aan de beurt, tevens zullen we hierbij gelegenheid hebben, aan te toonen, dat onze tegenstanders tot staving van hun gevoelen ook in dit opzicht niet zijn geslaagd.

Dat het Romeinsche recht op de leer der verbintenissen in ons recht van grooten invloed is geweest, zal wel niemand willen tegenspreken. Om het gevoelen van onzen wetgever, of liever nog van de makers van den Code te leeren kennen, kan het daarom niet anders dan dienstig zijn een blik in dezen op het Romeinsche recht te slaan.

Het Romeinsche recht nu huldigde een zelfde opvatting over het wezen der wederkeerige overeenkomsten, zooals wij dit hierboven ontwikkelden; in vicem sibi praestare debent. Evenwel de Romeinen konden dit slechts op veel kleiner gebied uiten, dan wij.

Is toch bij ons de overeenstemmende wilsuiting voldoende voor de verbindbaarheid der overeenkomsten, geheel anders was dit in genoemd recht. Jure Romano is de bloote wilsovereenstemming niet voldoende, om een verbintenis in het leven te roepen, waarvan de nakoming door een actie kan worden afgedwongen. Er wordt bovendien nog vereischt een zoogenaamde causa civilis obligandi. Deze bestond of in het uitspreken van bepaalde woorden, of in een bepaalden schriftelijken vorm,

of in een werkelijke praestatie door een der partijen. Slechts bij vier contracten werd wegens de veelvuldige toepassing de bloote wilsovereenstemming voldoende geacht. Het waren koop en verkoop, huur en verhuur, maatschap en lastgeving. Alleen de drie eersten behooren tot de wederkeerigen. Bij deze drie contracten hadden dus slechts de Romeinen gelegenheid hun opvatting over het wezen der wederkeerige overeenkomsten uit te spreken.

De andere wederkeerige overeenkomsten vielen onder de onbenoemde overeenkomsten (contractus innominati). Dat waren die, waarbij voorafgaande praestatie van een der partijen noodig was, wilden ze een geldige verbintenis scheppen. De jurist PAULUS brengt ze tot vier categorien in de lex 5 Dig. de praescr. verb. (XIX, 5), »aut enim do ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias."

Bij deze innominaatcontracten was een voorafgaande praestatie noodig voor haar verbindbaarheid, zooals we reeds zagen.

Evenwel nu ons recht heeft aangenomen de verbindbaarheid der overeenkomsten krachtens bloote wilsovereenstemming hebben wij naar deze niet het oog te wenden, maar kunnen ons de drie evengenoemde speciale contracten slechts van pas komen.

Slechts ten aanzien van een dezer, het koopcontract hebben de Romeinsche juristen hun meening uitgesproken. Spreekt de kooper den verkooper aan tot nakoming,

deze zal daaraan geen gehoor behoeven te geven, maar de zaak onder zich kunnen houden, zoo de kooper niet tevens den prijs aanbiedt.

»Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit [1])."

Zoo kan van zijn kant de kooper, die tot betalen aangesproken wordt en wien zelf nog niet geleverd is, den eisch afweren door in te stellen de exceptio non adimpl. contractus, die in casu den naam draagt van exceptio rei venditae sed nondum traditae.

»Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit, si ex pecunia, qua de agitur, non pro ex re petitur, quae venit neque tradita est [2])."

Het feit, dat van die exceptie in de Romeinsche bronnen slechts bij het koopcontract gesproken wordt, heeft sommige schrijvers aanleiding gegeven tot de vooronderstelling, dat de Romeinen deze exceptie niet zoobeschouwen, als eigen aan de natuur van alle wederkeerige overeenkomsten, dan wel van het speciale contract van koop en verkoop.

Overwegingen van billijkheid zouden volgens Prof.

---

[1]) l. 13 § 8 Dig. de act. empt. vend. (XIX, 1.).

[2]) l. 25. Dig. eod. Vergelijk nog GAIUS Inst IV. § 126a en lex 5. Cod. de evict (VIII, 45)

FRUIN [1]) den Romeinen er toe geleid hebben voor dit contract van den algemeenen regel af te wijken, dat in de wederkeerige consensueele contracten de eene partij tegen de andere tot uitvoering der overeenkomst kan ageeren, zonder zelf haar nog te hebben uitgevoerd of aanbod van uitvoering te hebben gedaan.

Evenwel het zijn slechts enkelen die deze bewering voeren; de meest gezaghebbende schrijvers [2]) op het gebied van het Romeinsche recht erkennen de exceptio n. a. c. als het verdedigingsmiddel bij alle wederkeerige overeenkomsten voorkomende, voor het geval dat een der partijen, zelf zijn verplichting niet vervuld hebbende, dit van de tegenpartij eischt.

Dit beginsel is ook gesanctioneerd in nieuwere wetboeken o. a. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen [3]) en zooals we reeds zagen ook opgenomen in het ontwerp burgerlijk wetboek voor het Duitsche rijk.

Wij hebben dus voor ons de uitspraak van het Rom. recht, onder wiens machtigen invloed de makers van den Code ongetwijfeld hebben verkeerd.

---

[1]) T. a. p pag. 353.

[2]) DERNBURG, Pandecten. II. § 20; WINDSCHEID, Pandecten. II. § 321; Prof. DRUCKER, Handboek voor het Romeinsche recht. III. pag. 40; GOUDSMIT, Pandecten. II. § 35.

[3]) § 859. „Wer bei einem gegenseitigen Vertrage von dem Anderen Erfüllung des Vertrages fordert, musz auch seinerseits erfüllt haben oder zur Erfüllung bereit sein, ausgenommen wenn das Vorausgehen der Erfüllung des anderen verabredet ist, oder in der Natur des Geschäfts liegt."

Ten slotte nog de bepalingen onzer wet onderzocht. Kunnen we bewijzen, dat onze wet geen aanleiding geeft om te veronderstellen, dat onze wetgever een ander beginsel heeft willen aannemen, dan hebben wij het pleit gewonnen.

Wij zullen dit moeten zoeken bij de speciale contracten, want gelijk reeds is opgemerkt in het algemeene deel der verbintenissen kan men geen licht over deze kwestie vinden.

Merkwaardig is, dat wij in ons wetboek ongeveer de zelfde contracten speciaal vinden behandeld, als door de Romeinsche juristen; merkwaardig ook, dat wij van deze kwestie slechts vinden gerept bij het koopcontract.

In art. 1514 lezen wij:

»De verkooper is niet verplicht het goed te leveren, indien de kooper den koopprijs niet betaalt en de verkooper hem geen uitstel van betaling heeft toegestaan."

Dat ook van zijn kant de kooper niet behoeft te betalen, tenzij de zaak hem geleverd is, wordt terecht algemeen aangenomen.

Men [1]) heeft dit evenwel willen ontkennen, als strijdende met de artt. 1550 en 1496 uit welke laatste art. eerder het tegendeel zou volgen.

Art. 1550 luidt:

»Indien er bij het aangaan van den koop niets daaromtrent bepaald is, moet de kooper betalen ter plaatse

[1]) Jur. Spectator I. n°. 10 en II. n°. 46.

alwaar, en op den tijd, waarop de levering geschieden moet.”

Uit dit art. zou niet volgen, dat de kooper slechts tegen levering verplicht is te betalen, in dat geval zouden immers de slotwoorden moeten luiden: »waarop de levering geschiedt,” en niet zooals thans: »geschieden moet.”

Al dadelijk om de zonderlinge gevolgen, die een dergelijke interpretatie meêbrengt, moeten we haar van de hand wijzen. Terwijl toch beide partijen gelijk tegenover elkander staan [1]), zou de wet den kooper verplichten te betalen zonder dat de levering geschied was, den verkooper eerst tot levering na den prijs ontvangen te hebben.

Waarlijk voor een dergelijke bevoorrechte positie van den verkooper zouden moeielijk steekhoudende motieven kunnen worden aangevoerd.

Zonder nog naar de geschiedenis behoeven te verwijzen, vloeit een dergelijke gevolgtrekking niet eens noodzakelijk uit de woorden der wet voort. Immers juist door op een bepaalden tijd te vorderen zonder geleverd te hebben, erkent de verkooper nalatig te zijn en volgt daar dus uit, dat een gelijktijdige vervulling is bedoeld, waarop de kooper zich zal kunnen beroepen [2]).

---

[1]) Zie art 1493.

[2]) Zie Jurid. Spectator. II. n°. 48. Rechtsgel. Bijblad 1876, afd. B. pag. 219. Vergelijk ook: arrest van Hof van Gelderl van 28 Febr. 1844 W. n°. 500. In dit arrest wordt de kwestie beslist ten opzichte

Wat art. 1496 aangaat, zij opgemerkt, dat wij in dat art. niet te doen hebben met een regeling van de verplichtingen des koopers en dus ook hier niet de beantwoording van de vraag mag gezocht worden of de kooper al of niet eerst tegen levering tot betaling is verplicht.

Slaan wij bovendien op de beraadslaging over dat art. [1]) dan zien we duidelijk uitgemaakt, dat de wetgever den kooper de exceptio rei venditae sed non traditae heeft willen geven.

De derde afdeeling stelde n.l. voor om achter art. 1496 te lezen »mits de levering doende overeenkomstig het bedoelde bij art. 1531" (nu 1511); doch deze bijvoeging werd volgens een mededeeling der regeering overtollig geoordeeld en bij die mededeeling heeft men berust.

Zoo even wezen wij er reeds op, dat in onze wet evenals in het Romeinsche recht gelijktijdige vervulling van beide partijen alleen bij het koopcontract met zoovele woorden is voorgeschreven. Ons komt dit nu voor, gelet op den grooten invloed, die wij in deze materie aan het Romeinsche recht moeten toekennen, als een bewijs dat onze wetgever niets anders deed dan het Romeinsche recht weergeven. Dientengevolge passen we, wat we bij koop en verkoop zagen, toe, op alle wederkeerige overeenkomsten, die daarvoor vatbaar zijn.

---

van art. 1651 C. C. Mr. W. Staats Evers, Eenige conclusiën voor het Hof van Gelderland. II. n°. 69. p. 338—341.

[1]) Voorduin, V. pag. 164 vlg.

Mr. EVERTS [1]) nu maant tot voorzichtigheid bij het gebruiken van zulk een gevaarlijk middel, als de analogie en m. i. volkomen terecht.

Merken wij echter op de eigenaardigheid der Rom. juristen, om steeds hun beginselen uit te spreken bij speciale gevallen, afkeerig als zij waren van algemeene beginselen, dan moeten we die beginselen voor het Romeinsche recht opsporen uit uitspraken in speciale gevallen gegeven. Voeg daar nog bij hun systeem van verbindbaarheid der overeenkomsten, de nog betrekkelijk primitieve gestalte der maatschappij, met een verkeersleven daarmede in overeenstemming, dan spreekt al van zelf, dat we naar een algemeenen regel ten opzichte der wederkeerige overeenkomsten in dat recht niet moeten zoeken. Maar dat ze het gelijktijdig vervullen als een uitvloeisel van het wezen dier overeenkomsten beschouwden, dat toonden ze o. a. door hun uitspraak, hun beslissing bij het koopcontract.

Tijdens het maken van den Code had het verkeer nog lang niet die vlucht genomen, als het weldra zou erlangen. Het Romeinsche verkeersrecht was in hoofdzaak nog passend voor de maatschappij van die dagen. Zoo kwam het, dat men ook toen niet dacht aan het stellen van een algemeenen regel; het Romeinsche recht voldeed in dit opzicht, welnu men kon het ook zoo in het wetboek neerleggen.

---

[1]) De ontbindende voorwaarde. Acad. proefschrift. Deventer '83.

Hiermede heb ik willen aantoonen, dat de geest van ons recht hierin hetzelfde is als van het Romeinsche. Toen nu vooral door de uitvinding van den stoom het verkeer reusachtige verhoudingen begon aan te nemen, de menschen in veel en velerlei betrekking aan elkander bond, het aantal verbintenissen dus toenam, werd ook tevens de al of niet toepassing van ons beginsel frequenter en een algemeenen regel gevraagd. Tot staving van deze bewering heb ik slechts te verwijzen naar de meer aangehaalde nieuwe Duitsche wetgevingen en zeker zal onze staatscommissie tot herziening van het B. W., wanneer het eenmaal tot het 3de boek genaderd is, dat voorbeeld volgen [1]).

Op deze gronden meen ik geensints lichtvaardig van de analogie gebruik te hebben gemaakt, maar schijnt het mij veeleer toe, dat de geest van ons recht daartoe noopt.

De zelfde redeneering kan ook gelden voor wat Prof. Asser schrijft [2]): »Juist het bestaan van een artikel als art. 1514 B. W., dat voor het koopcontract eene afwijkende bepaling bevat, toont aan, dat in het algemeen een ander recht geldt. Ware het anders en gold bij ons

---

[1]) Zie ook art. 2297 Ontw, 1820: „Uit bilaterale contracten kan door niemand regt verkregen worden, dan voorzoover aan de verbin. tenis ook van zijne zijde kracht wordt gegeven en komt dus ook aan minderjarigen, onder curatele gestelde personen of getrouwde vrouwen alleen regt toe uit dergelijke verbintenissen, onder voorwaarde, dat aan hunne zijde, aan de overeenkomst voldaan worde.

[2]) T. a. p. pag. 175.

het beginsel van het Romeinsche recht, art. 1514 ware overbodig, hetgeen niet mag worden verondersteld, zoolang het in gezonden zin is te rechtvaardigen."

Om de aangegeven gronden zouden wij juist denken, dat door een opvatting als die van Prof Asser, de bedoeling van onze wet eerder wordt geschonden.

Onze slotsom is dus, dat in ons recht bestaat de zoogenaamde exceptio non adimpleti contractus;

dat de geschiedenis ons dringt die aan te nemen, terwijl het bovendien in overeenstemming is met algemeene rechtsbeginselen, met het wezen der wederkeerige overeenkomsten.

Als onze medestanders kunnen we noemen:

Jhr. Mr. de Savornin Lohman in het meergenoemd Themis-artikel.

Prof. Opzoomer, V. pag. 179. volg.

Mr. van der Lek de Clerq, Acad. proefschr.

Mr. van Balveren, Acad. proefschr.

Prof. Land, III. pag. 61 [1]).

Een tegenovergesteld gevoelen wordt gehuldigd door:

Prof. Fruin in Themis.

Prof. Diéphuis, t. a. p.

Mr. Everts, Acad. proefschr.

Prof. Asser, t. a. p.

---

[1]) Ook in een vonnis van het kantongerecht II te Rotterdam 23 Nov. 1883, Rechtsgel. Bijbl. 1884, afd B, pag. 130, wordt uitdrukkelijk de exceptio aangenomen Zie over de verdere jurisprudentie het derde hoofdstuk.

Over het karakter van dit verdedigingsmiddel, dat de strekking heeft een gelijktijdige vervulling van beide partijen mogelijk te maken is en wordt vooral door de Duitsche schrijvers een groote strijd gevoerd.

Terwijl sommige schrijvers het beschouwen als een volstrekte ontkenning van het recht des eischers, zien anderen er in een zelfstandig recht van den gedaagde, waarop deze zich beroept, een werkelijke exceptie dus in Romeinsche rechterlijken zin [1]).

Volgens het eerste gevoelen zal het voldaan hebben door den eischer aan zijn verplichtingen behooren tot den grondslag der actie, want volgens deze opvatting is het voorwerp van ieders recht praestatie tegen contra-praestatie.

Die het tweede gevoelen voorstaan redeneeren aldus: dadelijk bij het aangaan der overeenkomst zijn partijen verbonden tot hetgeen zij beloofden te geven, ieder der partijen kan dus instellen een vordering tot opeisching der praestatie, waartoe zijn tegenpartij zich verbond, in die actie is hij ontvankelijk, ze spruit voort uit de gesloten overeenkomst. Antwoord de gedaagde niet op dien eisch, de rechter zal hem veroordeelen.

Maar zegt Puchta, hij kon hier aldus op antwoorden: »So lange die gegenseitige Obligatio besteht, sind wir

---

[1]) Zie de schrijvers bij Windscheid aangehaald, deel II, § 321 noot 2. Zie vooral voor het eerstgenoemd gevoelen: Keller, In Jahrbuch des gemeinen D. Rechts. IV, p. 337. Voor het andere gevoelen : Puchta, In Jahrb. des gemeinen D. Rechts. V, p 94 vlg.

beide Wechselzeitig zur Leistung und Gegenleistung verpflichtet. Willst du deine Forderung im Wege der Klage realisiren, so ist dir des unverwerht, nur magst du mir es nicht verdenken, dasz ich mein Recht ebenfalls geltend mache, indem ich die Gegenleistung zu meiner Sicherheit zurückhalte. Du hast mit der Klage den Anfang gemacht, es ist nicht mehr als billig, dasz du auch mit der Leistung beginnst. Willst du das nicht, so wird mich der Richter zwar verurtheilen müssen, denn deine Forderung ist begründet, er wird mich aber nur verurtheilen können, meine Leistung zu geben gegen den Empfang der deinigen, Zug um Zug, und da ich diese meine Verpflichtungen nie bestritten haben, so wirst du die Kosten des Processes tragen."

Het gevoelen van KELLER c. s. schijnt steun te vinden in de woorden van de lex 13 § 8. Dig. de act. empt. vend. (XIX, 1) »nondum est ex empto actio."

PUCHTA c. s. verklaren evenwel die woorden, als beteekenende, dat de actie nog door een exceptie kon ontzenuwd worden. Vooral de lex 5. Cod. de evict. (VIII, 45) zal voor hun gevoelen pleiten.

Deze meening is gevolgd door de ontwerpers van een Duitsch burgerl. wetboek in § 366 [1]).

»Wer aus einem gegenseitigen Vertrage die ihm gebührende Leistung einklagt, hat erst dann, wenn der Beklagte sich darauf beruft, dasz der Kläger die ihm

---

[1]) Zie § 273 der nieuwe lezing.

obliegende Leistung noch nicht bewirkt habe, zu behaupten und in Bestreitungsfalle zu beweisen, dasz er die ihm obliegende Leistung bewirkt habe [1])."

Evenwel de ontwerpers kozen dit standpunt niet uit een theoretisch standpunt, maar overwegingen van practische doelmatigheid leidden hen daartoe [2]).

De schrijvers spreken ook nog van een exceptio non rite adimpleti contractus, voor welk verdedigingsmiddel plaats zal zijn, als een der partijen nakoming van den ander eischt, zonder zelf zijn verplichting *behoorlijk* te hebben vervuld. Terecht wordt echter het bestaan van deze exceptie ontkent [3]).

Zij heeft haar ontstaan te danken aan een verwarring, een promiscue gebruiken der woorden vervulling en praestatie. Toch hebben deze woorden ieder een vaststaande beteekenis, zoodat verwisseling niet dan verwarring ten gevolge kan hebben. Vervulling toch is opheffing der verbintenis door praestatie van het verschuldigde voorwerp. Nu kan men wel onvolledig praesteeren, niet onvolledig betalen, want een onvolledige, niet behoorlijke opheffing der verbintenis is niet mogelijk. Wel is een gedeeltelijke vervulling mogelijk en die mogelijkheid hangt af daarvan of de verbintenis zelf

---

[1]) Vergelijk ook § 860 B. W. voor het koningrijk Saksen

[2]) Zie Memorie van Toelichting op § 366. Dl. II, p. 204. Voor de practische verschilpunten tusschen beide opvattingen zie men: GOUDSMIT, Pand. II § 35, noot. VANGEROW, Pand. III. p. 306. (7 aufl. p. 286).

[3]) PUCHTA, t. a. p., p. 96 vlg.

deelbaar is of niet. Is de verbintenis deelbaar, dan kan ze gedeeltelijk vervuld worden, deels blijven bestaan. Streng genomen kan men niet van een gedeeltelijke vervulling spreken, maar slechts van een deeling der verbintenis en zoo van de betaling eener door de deeling ontstane verbintenis. Is echter de verbintenis ondeelbaar dan kan zij door de praestatie worden vervuld of niet vervuld.

Kan nu wel onvolledig worden gepraesteerd. maar niet onvolledig worden vervuld, dan bestaat er slechts een exceptio non adimpleti contractus, maar nooit kan er bestaan een exceptio non rite adimpleti contractus. Theoretisch bestaat deze exceptie dus niet. De praktijk dacht haar evenwel uit, als een handig verdedigingsmiddel.

Vaak toch gebeurt het, dat de gedaagde de door den eischer als vervulling aangeboden praestatie, als vervulling heeft aangenomen, zoodat van den kant des eischers vervulling van de verbintenis heeft plaats gehad. Wat doet nu echter de gedaagde, hij beroept zich op een gebrek in de praestatie, m. a. w. hij stelt in de exceptio non rite adimpleti contractus.

Dat hier ook niet van die exceptie sprake kan zijn springt in het oog. Immers men verwart dan de vervulling d. i. opheffing der verbintenis door de praestatie der verschuldigde zaak, met verplichtingen, die uit het vervulde contract voortspruiten, als de verplichting tot vrijwaring, instaan voor beloofde eigenschappen, voor verborgen gebreken.

Terecht snijdt het Duitsche ontwerp aan die exceptie den pas af in § 367 [1]).

»Hat ein Vertragschliessender die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so kann er auf Grund der Mangelhaftigkeit der Leistung nicht wegen Nichterfüllung des Vertrages die Gegenleistung verweigern, sondern nur noch die ihm sonst zustehenden Ansprüche geltend machen. Auch ist er in Ansehung der behaupteten Mangelhaftigkeit beweispflichtig."

---

[1]) Eenigszins anders luidt de tekst van § 312 tweede lezing. „Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete oder weil sie unvollständig gewesen sei."

Vergelijk ook de noot op die § p. 160.

HOOFDSTUK II.

De ontbindende voorwaarde, die vervuld wordt wegens wanpraestatie van een der partijen in een wederkeerige overeenkomst.

§ 1. *Begrip dier voorwaarde.*

Art. 1302 B. W. regelt een gevolg der wanpraestatie ten aanzien van wederkeerige overeenkomsten. Indien toch een der partijen niet aan haar verplichting voldoet, wordt de ontbindende voorwaarde altijd verondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen.

Dat brengt volgens art. 1301 meê, dat daardoor de verbintenis ophoudt en de zaken weder tot den vorigen toestand terugkeeren even alsof er geen verbintenis bestaan had.

De wet geeft aan hem, ten wiens opzichte de verbintenis niet is nagekomen, het recht om zich van zijn

kant ook van zijn verplichtingen te ontdoen en het gepraesteerde terug te vorderen, en zij verklaart dat uit het plaats grijpen van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde.

De wet vermoedt dus, dat partijen deze voorwaarde steeds in hun wil opnemen; dat het zoo van zelf spreekt, dat iemand zich slechts onder deze voorwaarde verbindt, dat een uitdrukkelijke vermelding ervan overbodig althans noodeloos mag heeten.

Prof. LAND meent, dat hier eerder van een last dan van een voorwaarde sprake is. Maar de wet noemt het nu eenmaal een voorwaarde, waaraan wij ons zullen houden.

Evenwel er is verschil tusschen de gewone ontbindende voorwaarde en die van art. 1302.

Behalve dat eerstgenoemde uitdrukkelijk moet bedongen worden, de tweede verondersteld wordt, noemt art. 1302 lid 2 nog een ander belangrijk onderscheid.

De stilzwijgende n.l. heft door haar vervulling alleen, ipso jure, niet de verbintenis op, zooals de gewone ontbindende voorwaarde dat doet, neen, in dat geval moet de ontbinding in rechte gevraagd worden.

Het feit of er wanpraestatie aanwezig is, of de voorwaarde is vervuld, moet dus door den rechter worden geconstateerd. Met de wanpraestatie is de voorwaarde vervuld en als later het vonnis volgt de overeenkomst ontbonden; staat die wanpraestatie vast, is de nalatige partij in gebreke gesteld, dan kan zij ook door een

aanbod van betaling, na de dagvaarding gedaan, niet meer de ontbinding voorkomen [1]).

Men stelt zich echter de zaak ook wel anders voor en dit wordt voornamelijk gedaan door de Fransche schrijvers. Zij meenen, dat door het vonnis de overeenkomst wordt ontbonden; deze blijft dus bestaan zoolang de instantie duurt.

Zoolang nu de overeenkomst bestaat kan men haar ook nakomen, de nalatige partij kan alzoo haar verplichting voldoen tot het eindvonnis is gewezen of de termijn voor appèl of cassatie is verstreken en door die nakoming de ontbinding bezweren.

»La décision du juge ne se borne pas à reconnaître et à déclarer la résolution, elle la crée et l'applique" zegt DEMOLOMBE [2]).

Zoo ook LAURENT [3]): »En effet, le créancier n'a jamais un droit strict à la résolution, car ce n'est pas en vertu du contrat qu'elle à lieu, c'est le juge qui la prononce par des considérations d'équité."

---

[1]) Een noodzakelijk gevolg hiervan is, dat van af den tijd der wanpraestatie ook de partij ten wiens opzichte de overeenkomst niet is nagekomen, zich van haar verplichtingen ontslagen mag rekenen en dus niet meer behoeft na te komen. Aldus ook de jurisprudentie, te vinden in de Supplementen I, II en IV op Leon ad. art. 1302 n°. 53. Zie vooral een arrest van het Hof te 's Gravenhage van 12 Juni 1876, W. 4008

[2]) DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon. XXV, n°. 514.

[3]) LAURENT, Principes de droit civil français XVII, n°. 135. In gelijken zin LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations. II ad art. 1184 n°. 46.

M. i. is deze opvatting niet wel met de wet in overeenstemming te brengen.

Art. 1302 begint met te spreken over »de ontbindende voorwaarde, nadat het voorafgaand art. gezegd heeft wat zulk een voorwaarde is.

Huldigt men het gevoelen van DEMOLOMBE c. s., dan neemt men een groot onderscheid aan tusschen de ontbindende voorwaarden van art. 1301 en van art. 1302, wat niet wel is overeen te brengen met de nauwe betrekking die tusschen beide artt. bestaat.

Bestond slechts het eerste lid van art. 1302 alleen, dan zou het niet twijfelachtig zijn, dat ook deze ontbindende voorwaarde ipso jure, absoluut werkte; de wetgever oordeelde het echter noodig de vervulling van deze voorwaarde door den rechter te doen constateeren.

De rechter zal daarom ook, wanneer hij wanpraestatie aanwezig oordeelt, de ontbinding moeten uitspreken; alleen in het geval van het laatste lid mag hij aan de wanpraestatie haar werking als ontbindende voorwaarde onthouden.

De zelfde gronden ontwikkelde de Hooge Raad in zijn arrest van 19 Jan. 1877, Weekbl. n°. 4078, gewezen in overeenstemming met de conclusie van den Advoc.-Gen. POLIS.

»Overwegende dat uit den onafscheidelijken zamenhang der beide artikelen (1301 en 1302 B. W.) en uit den aanhef van het tweede dier artikelen (de ontbindende voorwaarde) volgt, dat daarbij wordt gehandeld van de

ontbindende voorwaarde in het algemeen hetzij die ontstaat uit andere oorzaken, hetzij wegens het niet voldoen aan hare verplichting door eene der partijen bij wederkeerige overeenkomsten, en dat het kenmerk van beiden is, dat met hare vervulling de verbintenis ophoudt, en het er voor moet worden gehouden, dat er geene verbintenis heeft bestaan; dat wel is waar bij art. 1302, 2e zinsnede voor wat betreft het geval voorzien bij de 1e zinsnede, is voorgeschreven een bijzondere bepaling, dat namelijk de ontbinding alsdan in rechte moet worden gevraagd, dat echter de op die vordering gevolgde ontbinding door den rechter niet derogeert aan het algemeen beginsel van art. 1301 vermits..... de rechterlijke uitspraak alleen strekt ter constateering, dat werkelijk de ontbindende voorwaarde bestaat."

De jurisprudentie van den H. R. schijnt in den zin van dit arrest te zijn gevestigd [1]).

Het werd voorafgegaan door een gelijke beslissing bij arrest van 5 Juni '74, Weekbl. 3735 en gevolgd door

---

[1]) Art. 1328 B. W. van 1830 luidde: „Indien de ontbindende voorwaarde niet in de overeenkomst is uitgedrukt, kan de verweerder de ontbinding der verbintenis te keer gaan door aan zijne verplichting te voldoen, binnen twintig dagen, te rekenen van dien der regtsvordering."

Dit art. doet aan de verklaring van onze wet natuurlijk niets af. Maar toch vinden we hier een zelfde gevoelen uitgesproken als de H. R. voorstaat. Niet het vonnis doet de verbintenis ophouden, want slechts 20 dagen na de dagvaarding kon hij nog voldoen. Die 20 dagen zijn een gunst aan den debiteur toegekend.

arresten van 30 December '92 W. 6330; 30 November '93 W. 6444 en 14 December '93 W. 6445.

Evenzoo besliste de Rechtbank te Leeuwarden bij vonnis van 19 Januari '93 W. 6374; de Rechtbank te 's Gravenhage bij vonnis van 25 April '93 W. 6399; het Hof te Amsterdam bij arrest van 17 Juni '92 W. 6235; in anderen zin de Rechtbank te 's Gravenhage 29 Aug. '90 W. 5963.

Het spreekt wel van zelf, dat wanneer partijen, dat wat ze vermoed worden te bedingen, ook werkelijk bedongen hebben, de gevolgen niet veel anders zijn. Lid 3 zegt dan ook:

»De aanvraag moet ook plaats hebben, zelfs indien de ontbindende voorwaarde wegens het niet nakomen der verplichting in de overeenkomst mogt zijn uitgedrukt."

Dit wordt niet uitdrukkelijk gezegd in den Code, we treffen dus hier een afwijking aan van ons art. met dat van het Fransche wetboek, hoewel in hoofdzaak, zooals reeds vroeger werd opgemerkt, ons art. aan art. 1184 C. C. is ontleend.

Dat derde lid heeft zijn ontstaan te danken aan een verschil van meening, dat onder de uitleggers van den Code over het tweede lid van art. 1184 van dat wetboek bestond.

»Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit" luidde dat tweede lid.

Liet men de woorden »dans ce cas" alleen slaan op het eerste lid, dan kwam men tot de gevolgtrekking dat

het tweede lid alleen van toepassing was voor het geval de ontbindende voorwaarde was sous-entendue.

Anderen waren echter van meening, dat het de bedoeling was om het onderscheid te doen uitkomen tusschen de ontbindende voorwaarde van art. 1183 en die welke vervuld wordt door wanpraestatie van een der partijen, onverschillig of die voorwaarde al of niet in de overeenkomst was uitgedrukt.

Wij zullen het voor en tegen dier meeningen niet nagaan en verwijzen den belangstellenden lezer naar de Fransche wetgevers [1]).

Hetzij genoeg op te merken, dat onze wetgever verstandig deed de kwestie aldus op te lossen.

Toch is er ook bij ons verschil of de voorwaarde al of niet uitdrukkelijk is bedongen.

Is zij niet uitdrukkelijk bedongen, dan kan de rechter aan den verweerder een termijn geven, binnen welken hij nog aan zijn verplichting kan voldoen, een terme de grâce.

Is de voorwaarde wel uitdrukkelijk bedongen dan kan van zulk een gunst voor den gedaagde niets inkomen. (lid 4).

In den Code hangt de beantwoording van deze vraag samen met die of de uitdrukkelijk bedongen voorwaarde

---

[1]) In eerstgemelden zin beslissen TOULLIER, VI. n°. 554; DURANTON, XI. n°. 88. In den zin van onze wet AUBRY et RAU, I. § 302, 3°. p. 316 en n°. 5; LAURENT, XVII. § VII n°. 1.

al of niet door den rechter moet worden ontbonden. Geeft men een bevestigend antwoord, dan kan volgens het Fransche recht ook in dat geval aan den gedaagde een terme de grâce worden verleend [1]).

Die gunst, krachtens welke de gedaagde nog gedurende eenigen tijd het vermogen zal hebben de verbintenis na te komen, hoewel de ontbinding geëischt was, vindt haar grond in overwegingen van billijkheid.

Aldus de Tribuun FAVARD in zijn rapport n⁰. 61 [2]):

»L'autorisation donnée aux tribunaux de pouvoir, dans ce cas, accorder un délai ne porte point atteinte au principe déjà consacré, que les conventions tiennent lieu de loi à ceux, qui les ont faites. Ici la résolution du contrat est demandée par celui-la même qui pouvait en pour suivre l'exécution. Le délai qu'il est permis au juge d'accorder au débiteur pour exécuter l'acte avant que la résolution soit acquise est fondé sur *l'humanité*. Il tend à venir au secours de celui que des *circonstances malheureuses* ont empêché de remplir à jour fixe les engagements qu'il a contractés."

De rechter zal bij het verleenen van dien termijn moeten acht slaan op de omstandigheden [3]).

[1]) Vergelijk art. 1184 C. C. lid 3. „La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

[2]) LOCRÉ, XII p. 438.

[3]) Die termijn kan niet worden verleend, als blijkt, dat de schuldenaar reeds geruimen tijd in gebreke was en zonder aanbod, na 't bevel tot betaling en na de dagvaarding in gebreke is gebleven te betalen.

Het is dus geheel aan het inzicht van den rechter overgelaten.

Bij ons mag die termijn niet langer zijn dan een maand, terwijl de Code sprak van un délai; daar hangt het dus ook van den rechter af, hoe lang hij het uitstel wil toestaan.

Nu mag men voor onze bepaling kunnen zeggen, dat zij de mogelijkheid uitsluit dezen termijn lang te stellen, wat voor den eischer vaak lastig en nadeelig kan zijn [1]); dit neemt echter niet weg, dat waar men zooveel op het inzicht van den rechter vertrouwde, dat men het hem overliet te beslissen, wanneer dat uitstel te verleenen, het inconsequent mag heeten, dat men de bepaling van den duur van dat uitstel ook niet geheel aan hem overliet.

Te meer daar dit ook veelal een kwestie van appreciatie zal zijn. Een willekeurige bepaling als nu is aangenomen, kan vaak belemmerend werken; men denke aan het geval, dat het toestaan van een termijn geïndiceerd zou zijn, maar de toepassing door den korten duur onmogelijk wordt.

Er zijn geen waarborgen, dat zulk een schuldenaar, ook na 't verleenen van een termijn zal betalen. Arrondissementsrechtbank te Amsterdam. 15 Juni '93. W. 6449.

[1]) Als reden, waarom de wetgever het maximum van den termijn van uitstel heeft bepaald, gaf NICOLAI bij de beraadslaging op (VOORDUIN, V. 36): „L'on a pensé qu'il était préférable de fixer un délai uniforme, parce que l'on a été persuadé qu'il valait mieux être jugé par la disposition de la loi que par la volonté arbitraire de l'homme."

Onze wet bepaalt verder uitdrukkelijk, dat die termijn slechts zal kunnen worden toegestaan op verzoek van den verweerder; veel algemeener luidt de Code: »et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

Naar Fransch recht zou men dus de vraag kunnen stellen of de termijn ook kan verleend worden op verzoek van den eischer of wel door den rechter ambtshalve.

De schrijvers bespreken nog de vraag, wanneer die termijn geacht moet worden aan te vangen.

Het antwoord hangt af van de opvatting, die men heeft over het tijdstip der ontbinding. Acht men de overeenkomst ontbonden door het rechterlijk vonnis dan zal die termijn natuurlijk loopen van dat vonnis af. Meent men echter, dat de overeenkomst reeds is ontbonden door de wanpraestatie, onder den mits dat dit door den rechter geconstateerd worde, dan zal men wel een anderen aanvangstermijn moeten aannemen. Tot op den dag der dagvaarding kan de schuldenaar nog voldoen, daarna houdt zijn recht op. Nu mag in het geval van het laatste lid van art. 1304 de rechter aan de wanpraestatie haar werking als ontbindende voorwaarde onthouden, echter slechts voor den tijd van hoogstens een maand. Het spreekt van zelf, dat die gunst daar moet beginnen, waar het recht des schuldenaars ophoudt en dat is, zooals we zagen, op den dag der dagvaarding. Laten we die gunst aanvangen van af het vonnis, dan ontstaat er een tusschentijd, in welken de gedaagde het

recht mist te voldoen, noch hem dit ook met het oog op de omstandigheden was toegestaan.

Echter bij deze opvatting stuiten wij op een moeilijkheid, die is, dat die termijn alle practische toepassing missen zal. Tusschen de dagvaarding en het vonnis zal wel bijna altijd een maand verloopen en wat geeft het den gedaagde, zoo de rechter hem nog een termijn gunt, als die blijkt reeds lang verstreken te zijn? De eenige toepassing van den termijn zou dan nog deze kunnen zijn: wanneer de schuldenaar na de dagvaarding zijn praestatie gerechtelijk heeft laten aanbieden, en de rechter bij zijn vonnis een termijn toestaat, zoodat het aanbod nog binnen dezen termijn valt [1]).

---

[1]) Aldus was de aanvraag van den gedaagde in de zaak, waarover de Rechtbank te Amsterdam had te beslissen bij vonnis van 7 December 1888 P. v. J. 1889, n°. 26.

De gedaagde moest leveren vóór of op 25 Mei; de gedaagde kwam echter in verzuim, maar liet 31 Mei zijn praestatie aanbieden.

Gedaagde vroeg van den rechter in het geding een termijn van 6 dagen, 25—31 Mei.

De rechtbank stond den termijn niet toe, omdat zij van oordeel was, dat het uitstel loopt van af de uitspraak. „Dat de wet den rechter de bevoegdheid geeft, om aan een gebrekige partij, op haar verzoek, eenig uitstel te verleenen, doch zulks in dezen zin is te verstaan, dat na de uitspraak van den rechter, het vervullen der verbintenis nog mogelijk zij, hetgeen volgt niet alleen uit de bewoordingen van het artikel, waarin sprake is van het gunnen van een termijn, om alsnog aan de verplichting te voldoen, maar ook uit het bepalen van den duur van zoodanigen termijn op hoogstens een maand;

Dat nu ten deze niet gevraagd wordt uitstel om alsnog, d. w. z. na de uitspraak van het in dezen te wijzen vonnis, de pijpen te mogen leveren, maar de gedaagde integendeel verlangt, dat die termijn bepaald

Redenen van utiliteit zullen daarom de praktijk wel moeten nopen, den termijn bij het vonnis te doen aanvangen.

Art. 1554 bevat een uitzondering op het tweede lid van art. 1302.

Geldt het een koop en verkoop van waren en meubelen en laat de kooper den tijd tot afhaling van het verkochte bepaald, voorbijgaan, dan zal de vernietiging van den koop, ten behoeve van den verkooper, van rechtswege en zonder aanmaning plaats hebben.

Dit is de eenige uitzondering door de wet gemaakt. Kunnen echter partijen hun overeenkomst ook doen derogeeren aan art. 1302 lid 2, kunnen zij m. a. w. bedingen, dat bij niet nakoming van een hunner de overeenkomst van rechtswege zal worden ontbonden. Deze vraag komt

---

zal worden op 25—31 Mei 1888, zoodat, werd aan dat verlangen voldaan, de te geven uitspraak zou hebben een terugwerkende kracht, hetgeen niet geacht kon worden overeen te komen met de bedoelingen van den wetgever in dit geval."

Eveneens besliste de Rechtb. te Amsterdam bij vonnis van 25 Sept. '83. P. v. J. 1883, Bijbl. nº. 48.

„Verleent aan den gedaagde een termijn van één maand, aanvangende heden 25 Sept. 1883 om alsnog aan zijne verplichtingen tegenover de eischeres te voldoen."

Een zelfde beslissing vindt men in een vonnis van de Rechtb. te Amsterdam, 24 Nov. '74 W. 3897; van de Rechtb, te Breda, 14 Juli '74 W. 3757; van de Rechtb. te Amersfoort van 29 Jan. '68 W. 3020. In al deze gevallen werd de ontbinding voorwaardelijk uitgesproken, n.l. voor het geval de verweerder niet binnen den bepaalden termijn voldoet.

anders herhaald hierop neer, bevat de bepaling van art. 1302 lid 2 gebiedend recht, of aanvullend, regelend recht.

De beantwoording van deze vraag is niet van belang ontbloot, neemt men aan, dat art. 1302 slechts aanvullend recht bevat en genoemd beding geoorloofd is, dan zal daardoor een rechtelijk vonnis kunnen worden voorkomen, dat veel kosten veroorzaakt en lang kan duren. Hoe kunnen we te weten komen, of een bepaling gebiedend of aanvullend recht bevat.

Art. 14 der wet houdende algemeene bepalingen geeft een algemeen voorschrift.

»Door geen handelingen of overeenkomsten kan aan de wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, hare kracht ontnomen worden."

Gebiedend is dus een voorschrift, wanneer het betrekking heeft op openbare orde of goede zeden.

De vraag of door bedoeld beding de goede zeden worden geschonden, kunnen we natuurlijk voorbij gaan. Maar openbare orde, wat is dat? Voorschriften van openbare orde zijn volgens Prof. OPZOOMER [1]), die, waarbij het algemeen belang der maatschappij is bedoeld.

Met deze wetenschap is onze kwestie nog niet opgelost. OPZOOMER erkent trouwens zelf, dat een criterium wat àl of niet het algemeen belang der maatschappij bedoeld, niet is te geven. We zien hier bepalingen tot voor-

---

[1]) **Aanteekeningen op de wet A. B. ad art. 14, p. 222.**

schriften van openbare orde bestempeld, die het elders niet zijn.

Andere tijden, andere maatschappelijke beschouwingen kunnen op dat begrip invloed uitoefenen.

Zoo zijn er in ons wetboek tal van bepalingen te vinden, waarvan afwijking bij beding uitdrukkelijk is toegestaan, terwijl thans velen onder den invloed van veranderde maatschappelijke beschouwingen deze liever als voorschriften van openbare orde zouden zien.

Ik denk hierbij in de eerste plaats aan de artt. 1628—1632 B. W. en zoovele andere van gelijke strekking in het derde boek voortkomende.

Zij, die van oordeel zijn, en groot is hun aantal tegenwoordig, dat het recht de economisch zwakken moet beschermen, zouden in deze en dergelijke artt. liever voorschriften van dwingenden aard zien [1]).

Uit een en ander blijkt, dat we hier met geen vaststaand begrip te maken hebben en geen wonder, zoo

---

[1]) De vraag of deze artt. stof opleveren voor dwingend recht kwam o. a. nog incidenteel ter sprake in de vergadering der Tweede Kamer van 27 April '93 Volgens art. 1631 is het mogelijk alle risico op den pachter te laden. Bij de groote concurrentie onder de pachters valt het den landeigenaar niet moeielijk van deze mogelijkheid gebruik te maken, wat hij in den regel niet nalaat,

Hoezeer die mogelijkheid evenwel wordt afgekeurd blijkt uit de verschillende voorstellen om tot een billijke oplossing te geraken. Men denke aan de Friesche pachtcommissie.

Vergelijk ook het bekende werk van Prof. Moltzer, Arbeid en kapitaalbelegging.

we bij de schrijvers en in de jurisprudentie de vraag in ontkennenden en bevestigenden zin vinden beantwoord.

Zoo vinden Proff. DIEPHUIS en OPZOOMER, Mrs. VAN DER LEK DE CLERQ en VAN BALVEREN het beding geoorloofd, terwijl Proff. ASSER en LAND en Mr. EVERTS het niet toelaten.

Voor de jurisprudentie vergelijke men Mr. D. LEON, uitgave ASSER, Rechtspraak van den H. R. Deel II, afl. 2 en 3, B. W. en Supplementen ad art. 1302, n°. 3.

Op welke gronden dringt men aan tot het niet toelaten van het beding?

Prof. LAND [1]) meent het dwingend karakter uit de woorden der wet te kunnen opmaken.

Omdat de aanvraag bij den rechter zoowel gevorderd wordt, als de voorwaarde wordt verondersteld, als wanneer ze is uitgedrukt, daaruit schijnt volgens hem te volgen, dat de voorwaarde van art. 1302 in geen geval zal kunnen werken zonder rechterlijke tusschenkomst.

M. i. kan dit bezwaarlijk uit de woorden der wet gehaald worden. De wet zegt, dat de aanvraag in rechten noodig is, »zelfs indien de ontbindende voorwaarde in de overeenkomst mogt zijn uitgedrukt," maar geenszins »zelfs indien partijen het tegendeel hebben bepaald."

Bovendien hoe is dat derde lid ontstaan; alleen daarom om de reeds vermelde kwestie, die in het Fransche recht bestond te vermijden. Dat was de eenige reden

---

[1]) t. a. p. pag. 67.

en men mag daarom geen andere bedoeling aan die woorden toedichten.

Men pleegt zich bij de bestrijding der ontbinding ipso jure ook te beroepen op de rechtszekerheid.

Dit beding toelaten zou zeer nadeelig zijn voor de rechtszekerheid, derden toch met een der partijen handelende zouden niet weten of de overeenkomst al of niet van kracht was,

Ik kan voor deze bewering niet veel voelen.

Zeker de ontbindende voorwaarde met haar terugwerkende kracht is in hooge mate nadeelig voor de rechtszekerheid; dit geldt natuurlijk eveneens voor de ontbindende voorwaarde van art. 1301.

Was nu die rechterlijke tusschenkomst zulk een afdoend middel, onze wetgever hadde wijs gedaan die voor iedere ontbindende voorwaarde voor te schrijven.

Is het inderdaad een afdoend middel? Ik geloof het niet. De ontbinding door rechterlijke tusschenkomst maakt slechts, dat men weten kan of de overeenkomst nog bestaat. Zoolang zij bestaat, zweeft haar de ontbinding boven het hoofd. Met die wetenschap heeft dus de rechtszekerheid niet veel gewonnen. Zekerheid is er eerst dan, wanneer men weet, dat de voorwaarde niet meer kan vervuld worden, d. i. dat beide partijen hebben voldaan. Wil men rechtszekerheid erlangen, dan zorge men voor de mogelijkheid om dat feit te onderzoeken.

In overeenstemming met de leer van den Hoogen Raad

hielden wij het er voor, dat de kracht van de rechterlijke tusschenkomst geen andere is, dan het feit der wanpraestatie te constateeren.

Maar waarom wilde men die constateering door den rechter? »Omdat," zeide de regeering bij de beraadslaging, »men het als een hardigheid heeft beschouwd, dat eene verbindtenis door het bloot gebrek van uitvoering van de éene zijde en zonder tusschenkomst van den rechter, zoude vervallen."

Blijkt nu hieruit, dat de bedoeling was, gebiedend recht voor te schrijven? Allerminst. Men gaf die bepaling in het belang van den achterlijken schuldenaar. Maar willen partijen van dat recht afstand doen, waarom hen dat te beletten.

Wel kon het voorkomen, dat een dergelijk beding den eenen contractant meer in den macht des anderen brengt, en het wenschelijk zou zijn, dat van een voorschrift in het belang der zwakkere partij gemaakt, niet kon worden afgeweken.

Ik heb hier weer het oog op het pachtcontract.

Door dit beding te maken, zou de verpachter, die reeds alle risico op den pachter laadt, dezen bij de minste of geringste achterstalligheid zonder vorm van proces van het gepachte kunnen jagen. Verklaart men dit beding voor ongeldig, dan zal de verpachter met het oog op den omslag van een rechterlijke uitspraak en op het vaak twijfelachtige verhaal der kosten op den armen pachter ligt tot wat meer clementie genoopt worden.

Maar dit mag geen reden zijn art. 1302 van openbare orde te verklaren, want de fout schuilt hier in de regeling van het pachtcontract.

Art. 1302 geldt overigens voor alle wederkeerige overeenkomsten en meestal staan de handelende partijen vrij en gelijk tegenover elkander.

Welke reden zou er kunnen bestaan partijen de bevoegdheid te ontzeggen vrijwillig afstand te doen van een recht, in het belang van één hunner geschreven. Ik kan die niet vinden. Maken partijen dit beding dan stellen ze zich reeds bij het sluiten der overeenkomst duidelijk voor oogen, wat het gevolg der wanpraestatie wezen zal; het is de uiting van hun vrije wil, dat het zoo zal wezen.

Wáarom, wanneer men niet bang behoeft te zijn van exploitatie van de eene partij door de andere door afwijking van dit voorschrift, den menschen het recht te ontzeggen hun wederkeerig overeenstemmenden wil, als hun wet te doen gelden, een recht, dat hun overigens door art. 1374 B. W. is toegekend. Vooral wanneer zoo als nu het voordeel zich er bij voegt een duur en omslachtig vonnis daardoor te kunnen vermijden.

Ik zou het daarom eerder wenschelijk en juist vinden dit beding wel toe te laten.

Deze meening koesterende, bevind ik mij in geen slecht gezelschap, want ook ons hoogste rechtscollege heeft herhaalde malen gelegenheid gehad te verklaren in art. 1302 slechts aanvullend recht te zien.

De H. R. besliste dit bij arrest van 20 Dec. 1850 W. 1203; van 10 Jan. 1862 W. 2343; van 16 Febr. 1865 W. 2670; 5 April 1867 W. 2895; 6 Maart 1872 W. 3440; 2 Dec. 1881 W. 4717.

Natuurlijk behoeven partijen zich niet van bepaalde woorden te bedienen om te derogeeren aan art. 1302. Alles hangt af van de bedoeling der contracteerende partijen.

Nu kan er met zoovele woorden bedongen zijn, dat bij niet nakoming, de overeenkomst zal zijn ontbonden, zonder dat een rechterlijke uitspraak daaromtrent zal noodig zijn.

Doch ook wanneer een overeenkomst van koop en verkoop van een stier, is gesloten onder het beding, dat wanneer de betaling niet ter plaatse en ten tijde der levering plaats mocht vinden, de gemelde stier de bol zal blijven van den verkooper, moet dat beding gelijkgesteld worden met dat, hetwelk bepaald, dat de ontbinding ipso jure, zonder rechterlijke tusschenkomst zal plaats hebben [1].

Ook het beding van herveiling op schade en bate (clause de revente à la folle enchère) is niets anders dan het beding van ontbinding zonder rechterlijke tusschenkomst.

Dit beding houdt in, dat indien de kooper niet op

---

[1]) Arrest Hof te Arnhem van 16 Febr. '81. W. 4646.

den aangewezen tijd den koopprijs betaalt, de verkooper het recht zal hebben zonder tusschenkomst des rechters, de overeenkomst als ontbonden te beschouwen en tot een herveiling kan overgaan; de meerdere opbrengst komende ten bate des verkoopers, de mindere ten schade des oorspronkelijken koopers.

Ook dit beding werd herhaaldelijk door onze rechters geldig verklaard.

Zoo overwoog het Hof te Amsterdam bij arrest van 11 Maart 1881, W. 4661.

»dat dit middel namelijk de herveiling voor risico van den nalatigen betaler met zijne aansprakelijkheid voor het nadeelig prijsverschil, niets bevat wat strijdt met de wet, de openbare orde of de goede zeden; dat de wet het huldigt in het meer aangehaalde art. 530 B R. en dat de openbare orde en goede zeden worden gehandhaafd door den rechtsdwang om vrijwillig aangegane wettige verbintenissen te doen naleven."

Eveneens Rechtb. Appingedam, 19 April '77 W. 4147; Hof Arnhem, 13 Febr. '78 W. 4212.

Anders Rechtb. Nijmegen, 11 Jan. '48 W. 882.

Dezelfde beginselen huldigt blijkbaar de Minister van Binnenlandsche Zaken in een paar bepalingen bij besluit van Mei '92 vastgesteld, waaraan onderworpen zullen zijn handelaren in chemische meststoffen en zaaigranen, die zich stellen onder contrôle der Rijks-landbouwproefstations.

Deze onder contrôle-stelling heeft een dubbel doel,

eerstens worden de boeren gewaarborgd tegen knoeierijen in die waren, zij zelf kunnen niet zien of een partij het beloofde gehalte, de beloofde kiemkracht bezit, en ten tweede kan het voor den handelaar tot aanbeveling strekken.

Wanneer nu een dusdanig handelaar een overeenkomst van koop en verkoop aangaat dan nemen partijen, die door den Minister vastgestelde bepalingen in hun contract op, althans zoo dit niet uitdrukkelijk wordt uitgesloten. Daarom is de handelaar o. a. verplicht op zijn circulaires te vermelden, dat hij onder contrôle staat. Een dezer bepalingen luidt aldus:

»De artikelen worden verkocht onder garantie, dat zij voor bepaalde bestanddeelen een aangegeven gehalte bevatten. Voor hetgeen bij het onderzoek aan het gegarandeerde gehalte, buiten bepaalde grenzen, blijkt te ontbreken, is de verkooper aan den kooper schadevergoeding verschuldigd, terwijl de overeenkomst van koop en verkoop in stand blijft.

Het onderzoekende proefstation heeft het recht om, onder opgave van redenen, de geleverde waar af te keuren en den verkooper tot terugname daarvan te verplichten."

Wanneer de waar niet bezit het gegarandeerde gehalte van bepaalde bestanddeelen, dan toch kan ze niettemin nog zeer goed bruikbaar zijn voor den landbouwer en er bestaat geen reden daarom het contract te ontbinden; alleenlijk is aan den kooper schadevergoeding

verschuldigd, dewijl hij anders benadeeld zou worden.

Is echter het gehalte der bedongen bestanddeelen zoo gering, dat de waar niet bruikbaar is, dan behoeft de kooper deze niet te nemen en is de overeenkomst ontbonden.

Dit laatste is niets anders dan de ontbindende voorwaarde, die vervuld wordt door wanpraestatie des verkoopers. Alleen moet de wanpraestatie hier een zekeren omvang bereikt hebben, wil ze tot ontbinding leiden. Men zou deze voorwaarde aldus kunnen uitdrukken: wanneer de verkooper waar levert, die zoo weinig aan de gegarandeerde eigenschappen voldoet, dat zij niet kon gebezigd worden voor het doel waarvoor zij bestemd was, zal het koopcontract ontbonden zijn.

De kooper zelf kan deze wanpraestatie niet constateeren, daarom is dit opgedragen aan een bepaald proefstation, dat gehouden is de redenen op te geven. Kan de verkooper, zoo luidt een andere bepaling, zich met deze uitspraak niet vereenigen, dan heeft hij beroep op een ander proefstation. Beslist ook deze in den zelfden zin, dan heeft de verkooper geen verder recht. Ook hier wordt dus een ontbinding door den rechter voorbijgegaan.

Wat het eerste gedeelte der zooeven aangehaalde bepaling aangaat, daarin ligt van de zijde des koopers een afstand van zijn recht om ontbinding van het contract te vragen, als de wanpraestatie zich binnen zekere grenzen beweegt.

Ook dit beding komt soms voor in overeenkomsten en is m. i. volkomen terecht door den Hoogen Raad geoorloofd verklaard [1]).

Immers dit recht tot ontbinding is uitsluitend in het belang van den schuldeischer toegekend. Het is een recht, dat hem toekomt; geen enkelen reden kan er hier bestaan, waarom hij niet vrijelijk van zijn recht afstand zou mogen doen.

---

§ 2. *Oorsprong dier voorwaarde.*

Art. 1303 geeft aan hem, ten wiens opzichte de verbintenis niet is nagekomen, de keuze tusschen twee acties n.l. tot nakoming en tot ontbinding der wederkeerige overeenkomst.

De actie tot nakoming is de natuurlijke, de als vanzelf uit het contract voortvloeiende. Wat zou het ons baten, zoo we ons iets hadden laten beloven en we hadden niet tevens het recht, de macht den belover aan zijn woord te houden. Zoodra wij een recht hebben, dan moet er ook, wil het een recht zijn, tevens een middel zijn om dat recht te handhaven. Het recht, dat voortvloeit uit een overeenkomst, is het recht op het door de tegenpartij beloofde. Het natuurlijkste middel om dit recht te handhaven, is de actie tot nakoming, daarmee wordt de belover gedwongen tot voldoening van zijn

---

[1]) Bij arrest van 27 April 1866 W. 2794.

belofte. Deze acte is zoozeer het natuurlijk gevolg van iedere overeenkomst, dat zij even oud is als de overeenkomsten zelve.

Evenwel niet altijd zal deze actie voldoen; het kan gebeuren, dat vervulling door de gebrekige partij niet wel meer mogelijk is; met den eisch tot nakoming zal de schuldeischer dan weinig bereiken.

Deze actie alleen is hem tot handhaving van zijn recht niet voldoende. Dit komt vooral uit bij wederkeerige overeenkomsten; dan heeft ook de eischende partij zich verbonden. Haar recht niet kunnende erlangen, zou zij haar recht en wat zij zelf reeds gepraesteerd had bovendien nog kwijt zijn.

Meerdere middelen om zijn belangen te handhaven, waren dus noodig voor hem ten wiens opzichte de verbintenis niet werd nageleefd.

Een uitvloeisel daarvan is de actie tot ontbinding van art. 1303. Hiermeê is een middel gegeven, om aan de genoemde onbillijkheid te ontkomen.

Men gaf dit recht naast dat om nakoming te eischen, om van het een of het ander ter zijner keuze gebruik te maken, al naar mate volgens de omstandigheden, het een of het ander zijn belang meêbracht.

Dat recht was niet in alle tijden op dezelfde wijze geregeld. Het kan zijn nut hebben de geschiedenis ervan na te gaan

In het Romeinsche recht vinden we acties, die gelijkenis vertoonen met die van ons art. 1303.

Allereerst de acties, die voorkwamen bij de innominaat-contracten n.l. de actio praescriptis verbis en de condictio causa data, causa non secuta.

Zooals we reeds vroeger zagen, schiepen in het Rom. recht aanvankelijk alleen die overeenkomsten rechtsgeldige verbintenissen, die gesloten waren in den strengen vorm door het jus civile geëischt.

Had men nu een afspraak gemaakt, dat beiden iets zouden geven of doen, zonder die belofte in een strengen vorm te gieten, dan kan men rechtens het beloofde nooit afdwingen. Had evenwel een der partijen gepraesteerd en de andere partij voldeed niet aan haar belofte dan had eerstgenoemde de condictio causa data, causa non secuta, waarmede zij het gepraesteerde kon terugeischen; anders toch ware de tegenpartij zonder grond verrijkt geworden.

Later in de laatste tijden der republiek en vooral onder den invloed van Labeo en diens school, werd aan bovengenoemde afspraken verbindende kracht toegekend, zoo althans een der partijen de door haar beloofde praes-had verricht.

Met die verbindbaarheid werd als van zelf de actie geboren om de nalatige partij tot nakoming te nopen een actie, die voortspruitende uit een onbenoemd contract, de feitelijke omschrijving der overeenkomst moest bevatten en vandaar den naam van actio praescriptis verbis droeg.

Evenwel de condictio causa data causa non secuta

bleef bestaan, en totdat de tegenpartij praesteerde, had men de keus om òf tot nakoming der overeenkomst of tot teruggaaf te ageeren.

Een tweede gelijkenis vinden we bij het koopcontract. Bij dit contract stond het partijen vrij een beding te maken, dat den verkooper het recht gaf, bij niet-betaling van den koopprijs, de overeenkomst als ongedaan te beschouwen (lex commissoria),

Wilde hij liever de actio venditi instellen, de nakoming eischen, niets belette hem dit. Ook hier was dus keuze.

Deze lex commissoria vond ook haar grond in redenen van billijkheid. Ziehier wat er toe leidde:

Als de verkooper à contant had verkocht, dan ging jure Romano de eigendom niet eerder over voor de prijs was betaald. Bleef die betaling achterwege dan had de verkooper dus de revindicatie om het geleverde terug te vorderen.

»Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuimus emptori sine ulla salisfactione" [1]),

Maar was op crediet verkocht, dan ging dadelijk met de levering de eigendom over en had de verkooper slechts de persoonlijke actio venditi tot opvordering van den koopprijs.

»Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti

---

[1]) Zie ook § 41 Inst. de rer. div. (II, 1).

nec pretium numeratum est, actio tibi pretii non eorum quae dedisti repetitio competit" l. 8 Cod. de contr. empt. (IV. 38)[1]).

De verkooper stond alzoo aan de mogelijkheid bloot, dat hij met den koopprijs ook de geleverde zaak zou kwijt zijn, daarom werd hem de bevoegdheid toegekend om de lex commissoria in het contract op te nemen, krachtens welke hij door bij niet betaling van den koopprijs, de overeenkomst als ongedaan kon beschouwen en zoo zijn zaak terug krijgen.

»Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret." l. 4 pr. Dig de leg. comm. (XVIII 3).

Het Fransche costumiere recht, dat door POTHIER is opgeteekend, is als de bron van den Code civil te beschouwen, terwijl ons wetboek wederom aan den Code is ontleend. Het is dus voor het grootste belang te weten, wat het Fransche costumiere recht van onze ontbindende voorwaarde zegt, POTHIER schrijft in zijn Traité du contract de vente no. 475, na eerst vermeld te hebben hoe het in het Rom. recht was:

»Mais comme le plus souvent on ne peut, sans de grands frais, se faire payer de des débiteurs. on a été obligé de se départir, dans les Tribunaux de la rigueur de ces principes; et l'on admet un vendeur à demander

---

[1]) Vergelijk l. 14 Cod. de resc. vend. (IV, 44); l. 6 Cod. de act. empt. et vend. (IV, 49).

la résolution du contract de vente pour cause de paiement de prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissoire."

In het oud Fransche recht had men dus ook behalve de actie tot nakoming, een middel, dat dienen moest om den schuldeischer te behoeden tegen nadeel, dat ontstaan kan door wanpraestatie van den medecontractant. Het is toch, zegt POTHIER, vaak heel lastig om betaling te erlangen en dikwijls gaat het gepaard met groote kosten, daarom heeft de praktijk den schuldeischer toegelaten om de ontbinding van het contract te vragen, als de medeverbondene niet aan zijn verplichtingen voldoet. POTHIER zegt dit, sprekende over de overeenkomst van koop en verkoop; moeten we daaruit opmaken, dat die praktijk alleen bij dit contract gehuldigd werd?

Dat zou zonderling mogen heeten, want de zelfde overwegingen zullen wel bij alle andere wederkeerige overeenkomsten gelden.

Dat is ook trouwens niet de bedoeling van POTHIER; slaan we op zijn Traité des obligations, dan vinden we in n°. 672 het zelfde beslist voor alle wederkeerige overeenkomsten.

»Quand même on n'auroit pas exprimé dans la convention, l'inexécution de votre engagement, comme condition résolutoire de celui, que j'ai contracté envers vous; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché et conséquemment l'extinction de non obligation."

Bestaat er ook betrekking tusschen die ontbindende

voorwaarde van het Oud-Fransche recht en de condictio ob causam datorum of de lex commissoria der Romeinen?

Men heeft het wel beweerd. MR. FRUIN [1]) o. a. meent, dat het oud-Fransche recht kende een onderscheiding tusschen benoemde en onbenoemde contracten en zoo in dat recht de cond. ob. caus, dat. naast de act. pr. verb. bleef voortleven. De schrijvers over dat recht geven evenwel geen reden dit aan te nemen.

»Les conventions" zegt DOMAT [2]), »s'accomplissent par le consentement mutuel, donné et arrêté réciproquement."

POTHIER [3]): »Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes et sur la distinction des contrats et des simples pactes, ne sont pas admis dans notre droit.

De là il suit que dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme le définnissent les interprètes du droit romain, conventio nomen habens a jure civili, vel causam, mais qu'on le doit définir, une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose."

Nu heeft men wel plaatsen aangehaald bij beide schrij-

---

[1]) t. a. p. Themis.
[2]) Les loix civiles dans leur ordre naturel l 1. Tit 1. S II. 8.
[3]) Traité des obligations n°. 3.

vers, waaruit het tegendeel schijnt te blijken, doch bij een juiste lezing blijkt dit niet de bedoeling [1]).

Bovendien beroep ik mij op het gezag van DEMOLOMBE die schrijft [2]): »La distinction entre les contrats nommés et les contrats innommés, n'a jamais été admise dans notre ancienne jurisprudence coutumière."

Met het wegvallen der innnominaat-contracten vervielen van zelf de genoemde acties.

Het veranderde rechtsbeginsel, dat daar het gevolg van was, sluit dus uit, dat we in die ontbindende voorwaarde van het oud-Fransche recht zien, een voortzetting der cond. ob. caus. dat.

Meer algemeen wordt invloed aan de l. c. op de ontb. voorw. toegekend.

Prof. FRUIN ziet haar voortleven bij het koopcontract alleen. Anderen zijn van meening, dat die l. comm. langzamerhand is toegelaten bij alle wederkeerige overeenkomsten; dat het zoo gebruikelijk werd dit beding te maken, dat eindelijk een uitdrukkelijk beding niet meer noodig was, maar het stilzwijgend in alle wederkeerige overeenkomsten geoordeeld werd, bedongen te zijn.

Zoo, in dien toestand zou men de lex comm. aantreffen in het oud-Fransche recht. De ontb. voorwaarde, die verondersteld wordt in wederkeerige overeenkomsten steeds aanwezig te zijn, in het geval een der partijen

---

[1]) Zie de Savornin Lohman t. a. p.

[2]) Cours de Code Napoléon dl. XXV n°. 488

niet aan haar verplichtingen voldoet zou dus zijn de lex commissoria.

Mij schijnt dit toe louter een gissing te zijn en wel een die niet juist is. Groot toch is het onderscheid tusschen de ontb. voorwaarde en de lex comm. die we in het Romeinsche recht aantreffen.

Wel berusten beide instellingen op dezelfde overwegingen van billijkheid, waarop ik reeds vroeger wees. Alleen aan de oud-Fransche praktijk voldeed niet meer het middel dat het Romeinsche recht er voor gaf.

De praktijk eischte er een, dat gemakkelijker werkte.

Ook zonder een uitdrukkelijk beding moest de schuldeischer, die reeds gepraesteerd had, bij wanpraestatie van zijn medecontract, wat hij gepraesteerd had, terug kunnen eischen, om behoed te zijn, dat hij door eens anders nalatigheid schade beliep. Men kende aan het billijkheidsbeginsel een ruimere werking toe. Maar daarom werden tevens meerdere waarborgen gegeven bij de uitvoering.

Was de werking der l. c. eene ipso jure; bij nietnakoming door een der partijen, was volgens de oud-Fransche praktijk ook een rechterlijke uitspraak voor de ontbinding noodig.

Ik beschouw daarom de ontb. voorwaarde wegens wanpraestatie van een der partijen, als een instelling van de oud-Fransche praktijk, zoozeer onderscheiden van de Romeinsche l. comm., dat we haar niet als een uitbreiding daarvan mogen beschouwen en daarmee

tevens rechtsgevolgen aan de l. c. eigen op de ontb. voorwaarde overbrengen.

Redenen van billijkheid riepen beide instellingen in het leven; de l. c. in het Romeinsche recht, de ontb. voorwaarde door de tribunaux in Frankrijk.

Vergelijken we die instelling ons door POTHIER vermeld met art. 1184 C. C. en nemen we daarbij de geschiedenis van den Code in aanmerking, dan zien we die instelling in het nieuwe Fransche recht voortleven. Ons art. 1302 werd behoudens een paar reeds genoemde veranderingen ontleend aan art. 1184 C. C. Zoo is dus ook van ons art. 1302 de bron geweest, de instelling der Tribunaux.

---

§ 3. *Gevolgen dier voorwaarde.*

Wij hebben reeds nagegaan het verschil, dat er bestaat tusschen de gewone ontbindende voorwaarde en die van art. 1302 Behoudens die verschilpunten zijn beiden gelijk, want ook de laatste is een ontbindende voorwaarde, art. 1302 zegt dat uitdrukkelijk, maar het is er een, die enkele eigenaardigheden bezit.

Wat de gevolgen betreft, is onze ontbindende voorwaarde gelijk aan die van art. 1301, d. i. dat na haar vervulling de verbintenis ophoudt en de zaken weder tot den vorigen stand terugkeeren, even alsof er geen verbintenis bestaan had.

De voorwaarde werkt terug tot den dag, dat de verbintenis tot stand kwam, resolutio ex tunc. De gevolgen, die de verbintenis reeds had gehad worden opgeheven; wat geschied is, wordt ongedaan gemaakt.

Dit levert geen bezwaar op, wanneer de praestatie, die reeds heeft plaats gehad, bestond in den geven. Het gegevene moet worden teruggegeven, het keert weer in de handen van den oorspronkelijken eigenaar.

Feitelijk mogelijk is dit niet, wanneer het gepraesteerde bestond in een doen. Wordt na een zoodanige praestatie de overeenkomst ontbonden, dan kan van een ongedaan maken geen sprake zijn en zal men zijn toevlucht moeten nemen tot schadevergoeding, welke de schuldeischer bevoegd is tegelijk te vragen.

Dit is een hulpmiddel om zooveel mogelijk trachten te bereiken, wat inderdaad niet kan bereikt worden.

De toestand zooals ze nu is, zal worden vergeleken met dien, welke zijn zou, zoo er geen verbintenis ware tot stand gekomen en daarnaar zal de schadeloosstelling worden berekend.

Dit alles is zeer eenvoudig zoo we ons overeenkomsten voor oogen stellen, wier praestaties voor beide kanten bestaan in een enkele handeling, hetzij een geven of een doen. Het gevolg der ontbinnende voorwaarde kan dan niet twijfelachtig zijn, van stonden af aan verliest de overeenkomst haar werking.

Moeilijker wordt het geval indien de verplichting aan den eenen kant bestaat in een reeks van hande-

lingen, aan den anderen kant in een gelijk aantal daar tegenoverstaande equivalenten.

Nu kan het voorkomen dat, nadat eenige dier behandelingen zijn verricht, en de daar tegenoverstaande equivalenten zijn gepraesteerd, er wanpraestatie plaats heeft.

Wat is dan het gevolg der ontbindende voorwaarde? werk ze terug tot aan het begin, heft ze de geheele overeenkomst op of werkt ze terug tot aan de wanpraestatie, zoodat ze in stand laat de overeenkomst voor zoover daaraan werd voldaan?

Ons verstand doet ons het laatste kiezen, een oppervlakkige lezing van art. 1301 het eerste.

Wij zullen aan de beginselen toetsen, wat hier rechtens zijn moet. Het lijkt mij nutttig mij ter opheldering te bedienen van een voorbeeld en wel een dat zich in de praktijk heeft voorgedaan en waarover de rechtbank te Rotterdam geroepen was haar dictum uit te spreken[1]). Een aannemer had van het departement van den Waterstaat aangenomen eenige werken te verrichten aan de Keulsche vaart, waarvoor hij noodig had hardsteen. Hij sloot daarom een contract met een koopman in bouwmaterialen, waarbij deze zich verbond, de voor dat werk benoodigde hardsteen te leveren, te weten ± 468 M^3. tot den prijs van *f* 47 per M^3, te leveren een gedeelte in 1889 en het resteerende in 1890, alles naar behoefte. Aanvankelijk ging alles goed, de steenen werden geleverd,

[1]) Bij vonnis van 3 Juni 1893 W. 6403.

naar behoefte, de prijs na iedere levering betaald; maar midden in het werk in '90 hield de leverancier met het leveren van steenen op, hoewel er op dat oogenblik behoefte aan bestond. De aannemer sommeerde zijn medecontractant tot nakoming en toen ook daarna niet met leveren werd voortgegaan, stelde hij een vordering in tot ontbinding der overeenkomst, *voor zooveel deze niet reeds was uitgevoerd.*

De leverancier, gedaagde drong aan op niet ontvankelijk verklaring van den eisch: »vermits degeen te wiens opzichte eene wederkeerige overeenkomst niet is nagekomen, de ontbinding daarvan vorderende, deze niet willekeurig kan beperken tot die verbintenissen, die nog niet zijn uitgevoerd; dat de omstandigheid, dat eene wederkeerige overeenkomst wederzijds gedeeltelijk is uitgevoerd, aan de tenietdoening dier overeenkomst ten gevolge eener ontbindende voorwaarde volstrekt niet in den weg staat, maar integendeel juist de aard der ontbindende voorwaarde medebrengt, dat zij de uitvoering der verbintenis niet opschort en toch na hare vervulling de zaken weder tot den vorigen stand doet terugkeeren evenals of er geene verbintenis bestaan had; dat de wet zelve het gevolg van de vervulling der ontbindende voorwaarde regelt, maar alleen tot het doen intreden van dat gevolg een vordering in rechte eischt, zoodat hij, die de bij wederkeerige overeenkomsten veronderstelde ontbindende voorwaarde kan inroepen, slechts de keus heeft om òf te vorderen de ontbinding zooals de

wet haar wil, òf door die vordering niet te doen, het door de wet aan de vervulling der ontbindende voorwaarde verbonden gevolg in het geheel niet te doen intreden."

M. i. was deze redeneering niet juist.

In deze overeenkomst bestond de verplichting van den gedaagde in een reeks praestaties, telkens wanneer de behoefte van het werk het vorderde, moest hij de benoodigde steenen leveren; de eischer moest van zijn kant voor iedere levering betalen een prijs te berekenen tegen *f* 47 de M^3. De overeenkomst was dus bron voor een verbintenis, die in haar uitvoering deelbaar was, gesplitst werd in een aantal verbintenissen. Door praestatie wederzijds werd telkens een dier verbintenissen vervuld d. i. door betaling opgeheven. Van deze verbintenissen, die reeds niet meer bestonden ontbinding vragen, ging dus niet op.

Maar de overige verbintenissen, waren nog niet nagekomen, deze bestonden dus nog en een ontbinding er van op grond van wanpraestatie mogelijk. Aldus oordeelde ook de rechtbank, die den eischer zijn vordering toewees.

De gedaagde had echter een eisch in reconventie ingesteld tot ontbinding der geheele overeenkomst. Deze eisch kon natuurlijk niet worden toegewezen, omdat dit afstuitte op deze redeneering, dat dan tevens zouden moeten worden ontbonden verklaard, verbintenissen die reeds lang niet meer bestonden.

De rechtbank de niet ontvankelijkheid dezer vordering uitsprekende, overwoog dan ook:

»dat hiertoe niet in den weg staat, dat in de eerste zaak slechts is gevraagd ontbinding voor zoover de overeenkomst nog niet is uitgevoerd en in de tweede wordt gevorderd ontbinding der geheele overeenkomst zonder gemelde restrictie, vermits toch na de ontbinding van de gemelde overeenkomst, voor zoover die nog niet was uitgevoerd, daarvan alleen overbleef het gedeelte, dat van weerszijden was uitgevoerd en waarvan, als zijnde reeds geheel afgeloopen en beëindigd, de ontbinding afzonderlijk niet kon worden gevraagd."

Eveneens oordeelde de rechtbank te Tiel [1]).

Een handelsvennootschap te Ruhrort had 11 Aug. '91 aan den gedaagde verkocht 400 kar kachelkolen tegen den prijs van *f* 11 per kar; tot 1 Mei '92 door den kooper te ontvangen in schip te Ruhrort, aan boord waarvan de verkoopster vrij had te leveren, betaling op 3 maanden na elke levering of contant met 1½ % korting.

Gedaagde zond om en ontving 173 kar, doch de resteerende 227 karren heeft hij niet tot zich genomen noch betaald; toen nu 1 Mei '92 + 3 maanden verstreken was en na behoorlijke sommatie de koopprijs dier 227 kar niet betaald werd, stelde de handelsvennootschap in een actie tot ontbinding der overeenkomst, *voor zoover betreft de door gedaagde niet afgenomen, noch betaalde 227 kar kachelkolen.*

Ook hier bestond de praestatie over en weer in een

---

[1]) Bij vonnis van 24 Februari 1893 W 6316.

reeks van handelingen. Aan den eenen kant levering van een hoeveelheid kolen, telkens wanneer de kooper het vroeg, aan den anderen kant betaling op 3 maanden na elke levering of contant met 1½ % korting.

Deze verbintenis was dus voor gedeeltelijke uitvoering vatbaar, immers werd gedeeltelijk uitgevoerd.

Door iedere praestatie aan beide kanten gedaan werd de verbintenis dus gedeeltelijk vervuld, of liever werd vervuld een dier verbintenissen, waarin de verbintenis was gedeeld.

Zoo ook overwoog de Rechtbank, verwerpende het middel van niet-ontvankelijkheid door gedaagde voorgesteld, dat slechts de ontbinding der geheele overeenkomst kan worden gevraagd:

»dat immers in geval van ontbinding zooals die hier gevraagd wordt, voor zoover betreft de door gedaagde niet afgenomen noch betaalde kolen, en tusschen partijen, ter zake in quaestie, geenerlei verbintenis meer zal overblijven, zijnde die, wat de geleverde en betaalde hoeveelheid betreft, door die wederzijdsche praestatiën zelve, dus in den zin der wet, door betaling, te niet gegaan, en dat alzoo de ontbinding ook dáárvan, geenerlei zin of gevolg zou kunnen hebben."

Ook de oudere jurisprudentie huldigt dit gevoelen [1]).

Sedert het arrest van 8 Juni 1883 W. 4922 is echter de zienswijze van den Hoogen Raad omgeslagen.

---

[1]) Te vinden Leon Bw. uitgave Asser ad art. 1303 n°. 4. (Vooral een vonnis der Rechtbank te Breda van 11 Jan. 1853 W. 1416) en Rombach 2de Supplement ad art. 1303 n°. 9.

De Raad overwoog:

»dat deze willekeurige beperking der resiliatoire actie dan ook zoude zijn in strijd met den aard der ontbindende voorwaarde, die uitdrukkelijk bedongen of, naar de onderstelling der wet, stilzwijgend opgesloten in elke wederkeerige overeenkomst, steeds heeft hetzelfde in art. 1301 omschreven gevolg, dat zij na hare vervulling de verbintenis doet ophouden en de zaken weder in den vorigen toestand doet terugkeeren, *even alsof er geen verbintenis bestaan had.*"

Schijnbaar is deze redeneering onweerlegbaar, maar beschouwen we de zaak nauwkeuriger en zien we, dat we te doen hebben met een reeks van verbintenissen (het gold in het arrest de ontbinding van een overeenkomst van huur en verhuur van een huis, tegen een bepaalde som 's jaars, voor zoover het contract nog was uitgevoerd) dan kan de opvatting die wij hierboven voorstonden niet in strijd met art. 1301 worden genoemd.

Wanneer dus een overeenkomst een der partijen verplicht tot een reeks van handelingen, de andere tot een gelijk aantal equivalenten, dan is de werking der ontbindende voorwaarde van art. 1302 niet zoo, dat ze de overeenkomst opheft tot aan haar geboorte, maar slechts tot zoover, als de wanpraestatie aanving. Wij zagen het, de beginselen noopten ons dit aan te nemen [1]).

[1] Een zelfde gevoelen staat prof. Asser voor t. a. p. pag. 178 vlg. Bij den H. R. sluit zich aan Mr. Van Balveren. Zie over de verdere jurisprudentie Rombach supplementen 2, 3 en 4.

Wat zijn de gevolgen der ontbindende voorwaarde ten opzichte van derden?

Het kan gebeurcn, dat hij die krachtens een wederkeerige overeenkomst een zaak heeft ontvangen, inmiddels op deze rechten aan een derde heeft verleend.

Hij kan haar geheel of gedeeltelijk hebben vervreemd er een hypotheek of servituut op hebben gevestigd. Ondertusschen wordt de overeenkomst ontbonden en de zaken weder in dien toestand gebracht, alsof ze nooit hadde bestaan. Het recht van den auctor des derden vervalt dus niet alleen, maar wordt zelfs gecenseerd nooit te hebben bestaan.

Een natuurlijk gevolg is, dat het recht des derden ook ophoudt, eveneens nooit heeft bestaan. Soluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. Wel heeft die derde een persoonlijk recht tegen zijn auctor, een recht, dat voortvloeit uit het contract, dat ze sloten, maar recht op de zaak heeft hij niet meer, dat heeft hij nooit gehad.

Het zelfde zal gelden, indien hij, ten wiens opzichte de overeenkomst wordt ontbonden, het goed in huur heeft afgestaan aan een derde. Door de ontbinding van het oorspronkelijk contract, zal de huurovereenkomst van

---

Hierbij nog te voegen:
vonnis van de Rechtb. te Leeuwarden 22 Mei '90 W. 5917,
" " " " " Amsterdam 8 Nov. '89 W, 5825.
arrest Hof te Amsterdam 19 Febr. '92 W. 6158.
waarbij in den hierboven ontwikkelden zin werd beslist, terwijl een vonnis der Rechtb. te Amsterdam van 27 Juni 1890 W. 5972, op het standpunt van den Hoogen Raad staat.

zelf vervallen, een vonnis van den rechter zal daarvoor niet noodig zijn. Door de ontbinding keert de eigendom tot den oorspronkelijken eigenaar terug.

Wat men dus tegen derden doet gelden is het recht van eigendom. Het recht tegen derden gaat dus alleen op, wanneer men eigendomsrecht kan doen gelden. Art. 2014 beperkt dit tot onroerende zaken. Met betrekking tot roerende goederen, die noch in renten bestaan, noch in inschulden, welke niet aan toonder betaalbaar zijn, geldt het bezit als volkomen titel.

Het is duidelijk, dat die ontbindende voorwaarde zeer hard is voor derden. Gedurig toch staan zij aan het gevaar bloot, dat hun recht zal vervallen. Eerst wanneer zij gedurende dertig jaar ter goeder trouw de zaak hebben bezeten, hebben zij onherroepelijk den eigendom verkregen door verjaring.

Wilden zij dadelijk zeker van hun zaak zijn, zij zouden moeten onderzoeken of het goed twintig jaar lang krachtens wettigen titel door hun voorgangers was bezeten en of bij alle verkoopen, die inmiddels hadden plaats gehad, door de verkoopers aan alle voorwaarden is voldaan.

Zulk een onderzoek is ten onzent onmogelijk, nergens kon men nagaan of partijen aan hun verplichtingen voldeden.

Daardoor wordt bedrog gemakkelijk gemaakt, wanneer twee personen zoo gewetenloos zijn samen te willen werken.

Stel A. verkoopt een onroerend goed aan B., B. vestigt er op een hypotheek ten behoeve van C., B. heeft den koopprijs niet betaald, wat van te voren was afgesproken, de geheele handeling geschiedde slechts om van C. geld te krijgen.

A. stelt in de actie tot ontbinding der koopovereenkomst wegens wanpraestatie. Met de ontbinding vervallen alle rechten inmiddels op de zaak gevestigd. C. verliest dus zijn recht van hypotheek en behoudt slechts een persoonlijke vordering op B. [1])

Door zijn gevolgen ten opzichte van derden staat de ontbindende voorwaarde van art. 1302 dan ook in een kwaden reuk en men is algemeen van oordeel, dat maatregelen tot bescherming van derden hoog noodig worden geëischt [2]).

Reeds Nicolaï [3]) trachtte die gevolgen voor derden te matigen. Hij beweerde, dat die gevolgen anders zouden zijn, indien de acte van eigendomsoverdracht alleen bij extract was overgeschreven of zóó dat het onmogelijk was om daaruit te zien of de prijs was betaald. Zijn bewering gaat echter niet op, want altijd als de ontbinding plaats heeft, houdt het recht op van hem die vervreemde of beschikte en de derde kon aan dezen geen meer recht ontleenen dan hij zelf had. De derde zal

[1]) Zie arrest H. R. 21 Nov. 1873 W. 3659.

[2]) Zie Mr van Goor, Nieuwe Bijdragen. IV. 1878. Mr de Pinto, W. 3665.

[3]) Voorduin, V. pag. 35.

zich dus steeds tevreden moeten stellen met het persoonlijk recht, dat hij tegen zijn auctor kan doen gelden.

De Staatscommissie tot herziening van onze wetgeving op het hypotheekstelsel had een bepaling gemaakt om de hardheid van ons recht in dezen te temperen.

In een der wetsontwerpen behoorende bij het 21 April 1870 uitgebracht verslag lezen wij:

»Geene ontbindende voorwaarde werkt ten aanzien van onroerende zaken op derden, die rechten daarop verkregen hebben, dan voorzoover de voorwaarde in de overeenkomst is uitgedrukt en in de openbare registers is ingeschreven.”

Vier en twintig jaren zijn sedert verstreken en nog altijd bestaat een onbillijkheid in onze wet, die reeds bij haar totstandkoming werd gevoeld.

In Frankrijk heeft men getracht het gevaar te verminderen door een wet van 23 Maart 1855: »Sur la transcription en matière hypothécaire.” Een daartoe strekkende bepaling vindt men in art. 6 dier wet.

Volledigheidshalve zij hier nog vermeld, dat de wet op de registratie de gevolgen der ontbindende voorwaarde miskent. De wettigheid eener gedane heffing wordt, wat de vordering tot teruggave betreft, beoordeelt naar den toestand op het oogenblik dat de heffing plaats had.

»Tout droit d’enrégistrement perçu regulièrement en conformité de la présente ne pourra être restitué, quelque soient les événements ultérieurs, sauf les cas prévus

par la présente." Aldus art. 60 der wet van 22 Frimaire, Jaar VII.

Sluit men een contract waarbij eigendom wordt overgedragen b. v. een koopcontract, dan wordt terecht daarvan registratierecht geheven. Logisch zou het echter zijn, dat indien later door de werking der ontbindende voorwaarde dat contract beschouwd wordt, nooit te hebben bestaan, ook het registratierecht werd teruggegeven. Neen zegt de wet van Frimaire, op het oogenblik der registratie was het recht régulièrement perçu, het wordt niet teruggegeven. Le fisc ne rend pas. Het belang der schatkist gold meer dan de beginselen.

HOOFDSTUK III.

De actie tot ontbinding.

§ 1. *Aard en strekking.*

De aard eener actie wordt bepaald door den aard van het recht, tot welks handhaving zij dient. Dat recht is haar bron, de grond waarop zij steunt, daarvan maakt zij een bestanddeel uit [1]).

Wij kunnen de rechten onderscheiden in relatieve, persoonlijke en in absolute onpersoonlijke.

Een recht is persoonlijk, wanneer de rechthebbende staat tegenover een bepaald aangewezen persoon, die krachtens de tusschen hen bestaande rechtsbetrekking tegenover den ander verplicht is tot een geven, doen of niet doen. Bij een persoonlijk recht is dus dadelijk de persoon aangewezen tegen wien en tegen wien alleen men zijn recht kan doen gelden.

---

[1]) Prof. Van Boneval Faure, Het Nederlandsche burgerlijke procesrecht. Dl. I, § 30, pag. 207, 2e druk.

Juist daarin ligt het onderscheid met de onpersoonlijke rechten; bij deze is niet noodig een rechtsbetrekking tusschen den rechthebbende en een bepaald aangewezen persoon, voor uitoefening van dit recht heeft men niet noodig de tusschenkomst van een derde, neen zonder iemands hulp komt men tot het genot van het recht, dit is absoluut.

Uit een persoonlijk recht spruit dus voort een persoonlijke actie, uit een onpersoonlijke recht een onpersoonlijke actie.

De persoonlijke actie moet worden ingesteld tegen een van te voren bekend persoon, tegen hem, wien ik noodig heb om tot mijn recht te komen, slechts voor hem kan ik het genot van mijn recht vragen.

Het onpersoonlijk recht laat toe het genot zonder iemands tusschenkomst; mocht echter iemand, wie dan ook, inbreuk op mijn onpersoonlijk recht maken, dan zal ik hem voor den rechter kunnen brengen en daar de erkenning van mijn recht doen hooren uitspreken. De onpersoonlijke actie gaat dus tegen iederen stoorder van mijn recht. Wie dat zijn zal, weet men niet, dat doet er niet toe; maar doet hij zich voor tegen hem zal de onpersoonlijke actie van pas zijn.

Tot welke van die twee behoort de actie tot ontbinding eener overeenkomst op grond van wanpraestatie. Het antwoord zal niet moeilijk te geven zijn.

Reeds vroeger zagen we, dat het recht om ontbinding te vragen, dient tot bescherming der rechten uit de

overeenkomst; het is een actie die staat naast die tot nakoming; beiden voortspruitende uit een overeenkomst, uit een persoonlijk recht kan hun aard ook niet anders dan persoonlijk zijn.

Partijen hebben òf uitdrukkelijk bedongen, dat bij wanpraestatie van een harer de overeenkomst zou ontbonden zijn òf zij worden verondersteld dit bedongen te hebben. Welnu niets anders dan uitvoering van dat beding wordt gevraagd met de actie tot ontbinding. Deze actie is dus een persoonlijke actie en kan dientengevolge door den schuldeischer slechts tegen den schuldenaar worden ingesteld.

Wat beoogt men met die actie, wat is haar strekking?

Haar strekking is, dat de rechter de ontbinding der overeenkomst uitspreke d. i. constateere, dat de vervulling der ontbindende voorwaarde heeft plaats gegrepen. Het gevolg daarvan is weer, dat de overeenkomst beschouwd wordt nooit te hebben bestaan; was er tengevolge der overeenkomst eigendom of eenig ander zakelijk recht overgedragen, dan keert dit weer terug tot den oorspronkelijken rechthebbende.

Dit gevolg der actie heeft men wel verward met haar strekking. Men zeide, dat die actie ook de strekking had eigendom en andere zakelijke rechten op te vorderen. Den aard der actie voorts beoordeelende naar haar strekking noemde men haar dan zakelijk of gemengd.

Vooral de Fransche schrijvers hebben dat gedaan.

Gemengd zou in ons recht deze actie nooit kunnen zijn, want art. 129 B. R. noemt de vier acties op, die tot deze rubriek behooren, en daarbij komt de actie tot ontbinding niet voor.

Hebben we zooeven aangetoond dat de actie tot ontbinding is een persoonlijke, dan volgt daar ook uit dat ze nooit kon hebben de strekking om eigendom of zakelijke rechten op te vorderen. Na ontbinding der overeenkomst komen partijen rechtens in dien toestand als hadde nooit die overeenkomst bestaan. Feitelijk kan het anders zijn, de overeenkomst kan gevolg gehad hebben, er kan aan den gedaagde eigendom zijn overgedragen en die in eigendom overgedragen zaak kan nog berusten onder de nalatige partij. Wordt deze na de uitspraak des rechters niet vrijwillig teruggegeven, dan zal de eischer het moeten opvorderen krachtens zijn eigendomsrecht, met de revindicatie dus.

Nooit zal de rechter de teruggave kunnen bevelen, wanneer hij de actie tot ontbinding toewijst, dit doende zou hij iets toewijzen, wat hem niet was gevraagd, wat hem met dit middel niet kon gevraagd worden.

Wanneer de gedaagde het was, die eigendom had overgedragen, en de ontbinding gevraagd wordt op grond van slechts gedeeltelijke nakoming van zijn kant, dan zal hij na de ontbinding van het contract het gepraesteerde natuurlijk ook kunnen terugvorderen.

De eischer zal in den regel de teruggave daarvan wel aanbieden, maar een vereischte is dit niet, immers eerst

nadat de ontbinding is uitgesproken ontstaat zijn verplichting tot teruggave.

In dien zin werd dan ook steeds door onze rechters beslist. Zie voor de jurisprudentie LEON ad art. 1303 n°. 12, en de Supplementen II, III en IV en ad art. 1302 n°. 58, Supplement I.

Uit het voorgaande volgt, dat de actie tot ontbinding ook niet kan worden ingesteld tegen den derde, wien inmiddels de zaak in eigendom is overgedragen. Eerst zal de ontbinding moeten worden gevraagd en uitgesproken ten opzichte van de nalatige partij, daardoor keert de eigendom terug tot den eischer en dan zal deze van zijn revindicatie kunnen gebruik maken, om zijn eigendom op te vorderen uit de handen van iederen derde.

Zij, die in de actie tot ontbinding een zakelijke actie zien, laten haar natuurlijk ook toe tegenover derden. Van dat gevoelen, was de gedaagde in het geding dat voor de rechtbank te Amsterdam werd gevoerd op de zitting van 22 October 1889 W. 5822.

Aan den gedaagde waren verkocht 2 bouwterreinen voor *f* 5500 op zekeren datum te betalen.

De betaling bleef echter achterwege, de kooper werd in gebreke gesteld en daarna gedagvaard om de ontbinding der overeenkomst te hooren uitspreken. De kooper had inmiddels de genoemde bouwterreinen weer verkocht.

Als middel van niet-ontvankelijk verklaring der ingestelde actie tot ontbinding, droeg gedaagde nu voor;

»dat de ingestelde actie nimmer kon treffen dezen ged., die het door hem gekochte volgens zijn recht en met de lusten en lasten, waarop hij kocht, overdeed aan derden."

De rechtbank kon zich met de zienswijze van den gedaagde niet vereenigen, zij overwoog:

»dat de meergemelde koopovereenkomst de wet van partijen is en ten aanzien van derden zonder verbindende kracht, zoodat, vermits de ged. niet heeft voldaan aan datgene, waartoe die overeenkomst hem verplichtte, de vordering tot ontbinding van het contract met schadevergoeding tegen *hem* moest worden ingesteld en geenszins tegen een derde, die aan de overeenkomst vreemd is."

Evenmin kan de actie tot ontbinding eener huurovereenkomst worden ingesteld tegen den onderhuurder, zooals deed de eischer voor de rechtbank te Amsterdam op de zitting van 3 Febr. '91 W. 6022.

Ontbinding van het huurcontract eischende stelde hij ook die actie in tegen den onderhuurder, opdat ook de ontbinding tegen dezen zou worden uitgesproken, daar hij de onderhuur niet wenschte in stand te houden.

»dat de eischer voormelde onderhuur niet gestand wenscht te doen en zoowel de tweede gedaagde gehouden is de tegen den eersten gevorderde ontbinding of vernietiging van meer gemeld huurcontract en de daarmede gepaard gaande ontruiming te gehengen en te gedoogen als omgekeerd."

De rechtbank overwoog echter.

»dat de eischer in zijne conclusiën ten opzichte van de tweede gedaagde niet-ontvankelijk moet worden verklaard;

dat immers niet is gebleken van eenigen bestaanden rechtsband tusschen eischer en tweede gedaagde, ja de eischer het bestaan van een zoodanigen band zelfs niet heeft geposeerd";

Wel had de eischer gelijk met de ontbinding een actie tot ontruiming tegen den onderhuurder kunnen instellen, voor het geval het den rechter mocht behagen de ontbinding van de eerste huur uit te spreken;

met de ontbinding van de eerste huur, was ook van zelf vervallen de onderhuur en de ontruiming door den onderhuurder moeten worden toegewezen.

De vordering tot ontbinding van de eerste huur was een persoonlijke actie, ze kon dus slechts alleen tegen den medecontractant worden ingesteld.

Terecht wees de rechtbank haar af, voor zoover ze tegen den onderhuurder, iemand dus die niet in het huurcontract was betrokken, was ingesteld.

---

§ 2. *Vereischten der actie.*

Degene, te wiens opzichte de verbintenis niet is nagekomen, kan instellen de actie tot ontbinding zegt art. 1303.

Zal die actie gegrond zijn, dan moet de gedaagde de

verbintenis niet zijn nagekomen, aan zijn verplichting niet hebben voldaan.

Het spreekt van zelf dat we hier onder niet-nakomen niet louter te denken hebben aan een negatie van nakomen, maar aan een handelen in strijd met de verbintenis, aan wanpraestatie. De gedaagde moet in eenig opzicht gezondigd hebben tegen de verbintenis.

Wanpraestatie is dus een vereischte voor de actie tot ontbinding, zij moet bestaan tijdens het uitbrengen der dagvaarding. Immers wat men aan den rechter vraagt met deze vordering is niets anders dan dat hij constateere, dat de voorwaarde is vervuld, er wanpraestatie heeft plaats gehad, op het oogenblik dat dit door den eischer gesteld wordt d. i. het tijdstip der dagvaarding. Is het bestaan der wanpraestatie niet bewezen dan zal de rechter de ontbinding ook niet mogen uitspreken, maar den eisch moeten ontzeggen. Dit werd miskend door de Rechtbank te Amsterdam in haar vonnis van 25 Sept. 1883 Pal. v. J. 1883 Bijbl. n°. 48.

De eischer vroeg de ontbinding der overeenkomst op grond van wanpraestatie. De gedaagde ontkende, dat er wanpraestatie was, maar verzocht tevens om een uitstel van een maand; de eischer nam genoegen met dat uitstel. De kwestie was nu nog slechts, wie de kosten zou betalen. Was er wanpraestatie deze moesten komen ten laste van den gedaagde, zoo niet ten laste van den eischer.

Wat dit aangaat overwoog de rechtb.

. . . . »dat veelmin in casu van wanpraestatie

sprake kan zijn, indien de gedaagde gebruik makende van den termijn, hem met toestemming der eischeres verleend, tempore utili de kopy aan eischeres doet toekomen."

De rechtbank was dus van oordeel, dat er geen wanpraestatie aanwezig was; ze had de vordering dus behooren te ontzeggen. Ze deed dat niet, maar sprak de ontbinding voorwaardelijk uit, n. l. voor het geval de gedaagde na verloop van den termijn niet zou hebben voldaan.

De rechtbank deed iets, waartoe zij de bevoegdheid niet had. Haar werd gevraagd te beoordeelen of tijdens de dagvaarding wanpraestatie bestond. Zij had dit bevestigend of ontkennend te beantwoorden. Zeide ze neen, dan werd de actie des eischers afgewezen zonder meer; zeide ze ja, dan werd de eisch toegewezen, behoudens nog de bevoegdheid van den rechter, om met het oog op de billijkheid, in gevallen waarin zij zulks noodig oordeelde, aan den gedaagde op diens verzoek nog een termijn toe te staan. Oordeelde zij geen wanpraestatie aanwezig, dan kon zulk een termijn ook niet worden verleend.

Eveneens wees de zelfde rechtbank bij haar vonnis van 7 December 1888, P. v. J. 1889 n°. 26 de vordering tot ontbinding toe, hoewel er ten tijde der dagvaarding nog geen wanpraestatie aanwezig was.

»Dat dan ook, waar, zooals reeds is overwogen, het enkel verstrijken van den bedongen termijn de gedaagde

niet deed zijn in verzuim, die aanmaning, om op het einde van dien termijn te leveren, op zichzelf niet kan gelden als een formeele in-gebreke-stelling."

Ofschoon na het verstrijken van den termijn geen in-gebreke-stelling meer volgde, wees de rechtbank toch de vordering toe.

Juister was de beslissing der rechtb. te 's Hertogenbosch van 15 Febr. '71 R. Bijbl, 1872 pag. 488. Zij wees den eisch af, waarbij gevraagd werd ontbinding eener overeenkomst van koop en verkoop voor het geval de gedaagde niet binnen zekeren tijd na de dagvaarding aan zijn verplichting voldaan had; omdat de ongegrondheid van het feit, waarop de actie tot ontbinding steunt, namelijk: het ingebreke zijn tijdens het instellen der vordering, bleek.

Evenzoo besliste de rechtbank te Amsterdam 15 Dec. '85, R. Bijbl. 1888, afd. B., pag. 275,

Op welke wijzen kan men zondigen tegen de verbintenis? Ten aanzien van den tijd der uitvoering en den inhoud.

Het eerste bestaat in een niet tijdig nakomen der verbintenis; het tweede bestaat òf in een algeheel nalaten der praestatie òf in een niet behoorlijke vervulling der verplichting.

Het al of niet aanwezig zijn van niet-behoorlijk nakomen moet natuurlijk worden afgemeten naar den inhoud van het contract. Het is een feitelijke kwestie.

Er zal moeten worden onderzocht of de overeenkomst is uitgevoerd naar wat partijen hebben bedoeld. Dat kan wel het geval zijn, ofschoon men op geringe tekortkomingen zou kunnen wijzen, b. v., als hij, die aangenomen heeft het verven van huizen tegen een vooraf bepaalden prijs, nagelaten heeft een paar geringe voorwerpen te verven [1]).

Een beslissing dat de aannemer dan aan zijn verplichting heeft voldaan is feitelijk.

Wanneer echter vaststaat, dat aan de verbintenis slechts gedeeltelijk is voldaan, levert dit dan altijd, hoe gering die tekortkomingen ook mogen zijn, wanpraestatie op, in dien zin, dat ontbinding er het gevolg van kan zijn?

De advocaat-generaal POLIS beantwoordde die vraag bevestigend in een conclusie voor den Hoogen Raad [2]), Mr. POLIS leidt dit af uit de wet. De wet beschouwt toch de actie tot ontbinding en die tot nakoming te staan op één lijn. De wet geeft immers de keus tusschen beiden, aan hem ten wiens opzichte de overeenkomst niet is nagekomen. Kan men de actie tot nakoming instellen, dan eveneens die tot ontbinding. Welnu nakoming kan men vorderen van de overeenkomst in al haar ook minder belangrijke onderdeelen, dus ook ontbinding, wanneer op eenige minder belangrijke punten niet aan de overeenkomst is voldaan.

---

[1]) Zie arrest H. R. 15 Mei 1885 W. 5168.

[2]) V. D HONERT, Burg. regt Dl. 45, pag. 310

Slaat men het oog op de wet alleen, dan zal men wel niet anders kunnen dan die redeneering van Mr. POLIS beamen. Dit geven ook de Fransche schrijvers toe, die de vraag algemeen in anderen zin beantwoorden.

»Mais," zegt LAURENT [1]), »dans une matière traditionelle qui est régie par l'équité plutôt que par le droit, il faut consulter la tradition pour interpréter le texte."

Ook DEMOLOMBE [2]) noemt een leer als die van Mr. POLIS trop absolue en wil het aan den rechter ter beoordeeling overlaten of de gedeeltelijke niet-nakoming, waarvoor een der partijen de ontbinding vraagt, inderdaad belangrijk genoeg is, om de ontbinding uit te spreken, of wel of er meer reden is voor schadevergoeding.

Deze schrijvers beroepen zich op POTHIER.

Na te hebben gezegd, dat de verkooper de ontbinding van den koop kan vragen, als de kooper den prijs niet betaalt, gaat POTHIER aldus voort [3]):

»A l'egard de toutes les autres obligations, soit du vendeur, soit de l'acheteur, c'est par les circonstances que l'on décide si leur inexécution doit donner lieu à la résolution du contrat; elle y donne lieu lorsque ce qu'on m'a promis est tel que je n'eusse pas voulu contracter sans cela. Si l'on ne peut pas assurer que je n'aurais pas voulu acheter la chose, mais seulement que

---

1) LAURENT, XVII. n°. 127.
2) DEMOLOMBE, XXV. n°. 498.
3) POTHIER, De la vente. n°. 145 en 476,

je n'eusse pas voulu l'acheter si cher, je ne pourrai pas demander la résolution du contrat, mais seulement une diminution sur le prix."

De makers van den Code hebben overgenomen ten opzichte van de stilzwijgende ontbindende voorwaarde de leer van het oude costumiere recht en die leer neergelegd in art. 1184 C. C. We moeten dus aannemen, concludeeren verder de genoemde schrijvers, dat die voorwaarde hetzelfde karakter bezit als vroeger.

Die leer schijnt in Frankrijk door de jurisprudentie niet algemeen gehuldigd te worden, althans LAURENT zegt ervan »La jurisprudence est hésitante."

De redeneering door de Fransche schrijvers gehouden geldt natuurlijk ook voor onze wet en maakt een opvatting in hun geest ook voor ons recht mogelijk. Zoo deed het Prov. Ger. van Gelderland [1]).

Tusschen partijen was gesloten een overeenkomst van huur en verhuur van een weide, om daarop te vestigen en uit te oefenen een steenbakkerij. (uittigchelings contract). De huurder had o. a. door dieper uit te graven dan hem bij contract was toegestaan gezondigd tegen de overeenkomst en dientengevolge werd door den verhuurder gevraagd ontbinding der overeenkomst op grond van wanpraestatie.

De aangegane overeenkomst hield mede in, dat de verhuurder zich verbond, om de steenen, die hij gedurende

---

[1]) 19 Nov. 1873 W. 3736, R Bijbl. '75, afd. B., pag. 90.

den huurtijd zou gebruiken van den huurder te nemen tegen den gewonen prijs. Hieraan was niet voldaan en op dien grond stelde de huurder, gedaagde een reconventioneele vordering in tot ontbinding der overeenkomst. Het Hof rechtdoende in hooger beroep bevestigde het vonnis der rechtbank voor zoover zij dezen reconventioneelen eisch had ontzegd.

»O, dat echter die bepaling gelijk de 1e rechter zeer juist heeft overwogen, is een eenvoudig pactum adjectum bij gelegenheid der huurovereenkomst gemaakt, doch daarmede zoo weinig samenhangende, dat het zeer goed op zich zelf kan worden gedacht; dat vooral geen grond hoegenaamd aanwezig is, om aan te nemen, dat gezegde verbintenis van geintimeerde voor appellant eene reden is geweest, die hem tot het aangaan der huurovereenkomst heeft gemoveerd, dat nu geensins de niet-nakoming van elke in eene wederkeerige overeenkomst opgenomene verbintenis, onverschillig welke zij zijn moge, grond oplevert om de ontbinding dier overeenkomst te kunnen vorderen, maar alleen de niet-nakoming van zoodanige verbintenissen, die uit den aard der overeenkomst voortvloeien, of met de overeenkomst bepaaldelijk samenhangen, of wel tot het sluiten der overeenkomst hebben bewogen;

dat, diensvolgens (daargelaten de vraag of aan appellant, zoo geintimeerde in strijd met voorzegde bepaling heeft gehandeld, deswege tegen hem niet eene actie tot schadevergoeding zou toekomen)" de beweerde niet-nako-

ming geen voldoenden grond oplevert voor de ontbinding.

Het Hof maakte de zelfde onderscheiding als POTHIER, zonder dit beding had eischer wel willen huren, daarom kon het contract niet worden ontbonden; maar misschien had hij zonder dat beding slechts voor minder willen huren en daarom werpt het Hof de mogelijkheid van schadevergoeding op.

De rechtbank te Amsterdam [1]) weigerde de ontbinding uit te spreken in het volgende geval.

Eischers hadden verkocht aan de Hollandsche Spoorwegmaatschappij een partijtje weiland, gelegen dicht bij den Haag, waarover de spoorweg zou loopen en tijdens het geding reeds liep. De koop was gesloten onder anderen op conditie, dat de treinen met uitzondering van de beurstreinen, zouden ophouden te Rijswijk.

De koopers hebben daaraan niet voldaan en op grond daarvan vroegen de verkoopers ontbinding van de overeenkomst. De rechtbank ontzegde den eisch om reden, »dat, bij het niet bewezen zijn, dat het voormelde beding als conditie een intregrerend deel van het contract van koop en verkoop uitmaakt, de eischers geen recht hebben om op grond van de wanpraestatie van dat pactum adjectum de resiliatie der hoofdovereenkomst te vorderen, daar de wet hem alleen de actie uit art. 1275 B. W. toekent."

Een zelfde beslissing vinden we ten slotte nog in een

---

[1]) Vonnis van 18 Febr. 1863 W. 2470.

arrest. van het Prov. Gerechtshof van Noord-Holland [1]).

Het liep over de ontbinding van een bevrachtingscontract en wel op grond, dat art. 12 der cherte partij was overtreden. Dit art. hield in, dat de vervrachter zich verbond op de reis hoegenaamd geen handel te drijven en alleen dien der bevrachters te helpen bevorderen, terwijl de vervrachter ook den gezagvoerder zou verplichten daar tegen bij diens onderhoorigen ten strengste te waken.

Dat art. was niet nagekomen, de gezagvoerder had op reis voor zich zelf handel gedreven. De overeenkomst, zoo beweerde de eischer, was niet behoorlijk nagekomen en dit gaf hem recht haar ontbinding te eischen met vergoeding voor de daardoor geledene schade.

De rechter meende de ontbinding niet te mogen uitspreken.

»O, dat in alle gevallen ten deze het beding van art. 8 der chertepartij, dat het resterend gedeelte der vracht na de richtige en getrouwe uitlevering der retourlading zoude worden voldaan, aantoont, dat het de bedoeling van partijen is geweest, dat, afgescheiden van de al of niet vervulling van het overeengekomene bij art. 12, de nakoming der eerstgemelde verplichting voldoende zoude zijn om de appellanten tot betaling der vracht te verplichten."

De lading was richtig en getrouw uitgeleverd, dus moest ook de vracht worden betaald en dat, overwoog

[1]) 22 Oct. 1863, W. 2549.

het Hof, met het in stand houden dier wederzijdsche praestaties de werking van art. 1301 B. W. niet is overeen te brengen. Wel meende het Hof, dat er grond was tot schadevergoeding, waarin het niet-nakomen van art. 12 der chertepartij zich volgens art. 1275 B W. oplost. De aangehaalde beslissingen, in overeenstemming met hetgeen POTHIER leerde, steunen op de natuur der stilzwijgende ontbindende voorwaarde.

Betreft het die praestatie van de tegenpartij, tot welker verkrijging de ander met hem de overeenkomst sloot, van zijn kant een equivalent aanbood, dan wil ons recht door overwegingen van billijkheid geleid, dat wanneer de verbondene tegen die verplichting zondigt, de ander zich ook van zijn verplichtingen zal kunnen ontheffen, dat het geheele weefsel van rechten en verplichtingen zal kunnen vervallen.

Die redenen van billijkheid bestaan niet, indien het enkel het niet verrichten geldt van een praestatie, met het oog waarop de overeenkomst geenszins was gesloten.

Nam men dit als een gegronde reden aan voor de ontbinding, dan zou voorzeker worden miskend de bedoeling der partijen, waarop de stilzwijgende ontbindende voorwaarde is gebaseerd en onbillijke gevolgen worden verkregen. De wet spreekt het vermoeden uit, dat partijen de ontbindende voorwaarde in hun contract hebben opgenomen, billijkheid leidde den wetgever daartoe, kan het dan anders, dat de wet die voorwaarde niet vermoed, daar, waar ze tot onbillijkheid, het omgekeerde

van haar bedoeling zou leiden. Dit nu heeft de rechter te onderzoeken en naar gelang van den uitslag van dat onderzoek moet hij de ontbinding al of niet uitspreken. Geenszins zal hij, zooals Mr. POLIS wil, hoe ook de overeenkomst niet is nagekomen, steeds de ontbinding moeten uitspreken.

Het spreekt van zelf, dat er geen wanpraestatie aanwezig is en dus de actie tot ontbinding niet gegrond is, indien het nagelaten feit, waarop de eischer zich beroept, niet behoort tot de verplichtingen van den gedaagde. Zulks is het geval, indien de kooper weigert de gekochte waar aan te nemen. Nergens in onze wet toch is den kooper een dergelijke verplichting opgelegd, behalve in het geval van art. 1554. Is er ook bovendien geen beding van dien aard gemaakt, dan zal om genoemde reden de ontbinding niet kunnen geschieden. Zoo besliste terecht de rechtbank te 's Gravenhage [1]).

Art. 1302 regelt een gevolg der wanpraestatie, partijen kunnen evenwel ook zelf bepalen, wat het gevolg van het niet-nakomen zal zijn, b. v. door een strafbeding te bepalen voor het geval van niet-nakoming van sommige verplichtingen. In dat geval zal geen ontbinding kunnen worden gevraagd [2]).

---

[1]) Bij vonnis van 15 Mei 1891 W. 6048. Idem Hof te 's-Hertogenbosch 27 Oct 1891 W. 6098.

[2]) Zie prov. Ger. in N.-Holland 6 Dec. 1866 W. 2377. Rechtb. Amsterdam 17 Jun. 1866 W 2794, Rechtb. Haarlem 18 Oct. 1871 W. 3499.

Is het niet-nakomen te danken aan toeval of overmacht, dan gelden de regelen van het periculum en zal geen ontbinding kunnen worden gevraagd. Anders oordeelde de rechtbank te 's Gravenhage [1]). Laat ik even het geval vermelden.

Er had plaats gehad een huur- en verhuurovereenkomst van een koffiehuis. De huurder sterft en zijn erfgenamen aanvaarden de erfenis onder het voorrecht van boedelbeschrijving. Daardoor waren ze verplicht volgens de wet alle roerende goederen te verkoopen, dus ook de stoffeering van het koffiehuis, dat dientengevolge moest worden gesloten. Het koffiehuis was als zoodanig verhuurd, de huurder voldeed dus niet aan zijn verplichtingen door het café te sluiten en het meubilair te verkoopen, waardoor hij blijk gaf het gehuurde niet meer als café te willen gebruiken.

De verhuurder vroeg ontbinding van het contract. De huurder beriep zich op overmacht. De rechtbank besliste echter »dat de wet nergens leest, dat ontbinding eener overeenkomst kan worden gevorderd, wanneer een partij haar uit vrijen wil niet naleeft en niet wanneer zij haar, door welke oorzaak dan ook niet heeft kunnen nakomen."

Ik zou zeggen, dat de wet, het wèl ergens leert b. v. in art. 1516, waar ze met verwijzing naar art. 1302 zegt, dat de kooper de vernietiging van den koop kan

---

[1]) 26 Aug. 1853 W. 1479.

vorderen, indien de levering door de *nalatigheid* des verkoopers achterwege blijft, terwijl ook ongetwijfeld de artt. 1280 en 1281 op het recht op ontbinding toepasselijk zijn. Dit wordt tegenwoordig ook algemeen in de rechtspraak aangenomen.

Belangrijke vragen omtrent de ontbinding eener wederkeerige overeenkomst op grond van wanpraestatie doen zich voor, indien een der partijen in staat van faillissement wordt verklaard. Ingaan ook op deze kwesties, die misschien meer eigenaardig bij het faillieten recht thuis hooren, zou mij te ver voeren. Ik meen te kunnen volstaan met een verwijzing naar de regeling, zooals die is geschied in onze nieuwe wet op het faillissement en de surséance van betaling. Belangrijke kwesties, die onder ons wetboek van koophandel bestaan, zijn door die regeling uit den weg geruimd.

Men vergelijke hierover de artt. 37—40 en de Memorie van Toelichting op genoemde artt.

Als de wanpraestatie plaats heeft ten opzichte van den tijd, als er heeft plaats gehad een rechtsschennis met betrekking tot den tijd der uitvoering dan spreekt men van mora.

Wanneer is er mora volgens de wet aanwezig?

Art. 1279 zegt, dat schadevergoeding wegens het niet nakomen eener verbintenis dan eerst verschuldigd is, wanneer de schuldenaar, na in gebreke te zijn gesteld, nalatig blijft, om die verbintenis te vervullen.

Dit art. luidt algemeen, het spreekt van niet-nakoming,

waaronder dus meer valt dan enkel niet nakomen ten opzichte van den tijd. Toch is de bedoeling van dit art. niet zoo ruim als het schijnt te zijn. Mr. MOM VISCH [1]) heeft op overtuigende wijze aangetoond, ook op historische gronden, dat wij bij dit art. enkel te denken hebben aan mora. Gaarne neem ik de motieven van dezen kundigen rechtsgeleerde over en acht mij door een verwijzing naar zijn betoog, van een nadere uiteenzetting ontslagen.

Wil men alzoo op grond van mora schadevergoeding eischen, dan diene de schuldenaar in gebreke te zijn gesteld.

Zoo is het evenwel niet juist uitgedrukt, mora geeft altijd aanleiding schadevergoeding te eischen, maar er is geen mora, indien men niet in gebreke zij gesteld. Ik zal trachten de waarheid daarvan aan te toonen.

Wanneer iemand zich verbonden heeft zonder een tijdsbepaling te bedingen, dan is het duidelijk, dat hij dadelijk van af het sluiten der overeenkomst schuldig is. De tegenpartij kan dadelijk van hem de voldoening vragen.

Daaruit volgt evenwel niet, dat hij, die zich verbond ook verplicht is, dadelijk te voldoen, dat was niet de bedoeling; hadden partijen het gewild, zij hadden dit uitdrukkelijk moeten bedingen. Door niet oogenblikkelijk

---

[1]) MOM VISCH, Themis 1863, pag. 337 vlg Vergelijk ook over mora de dissertatie van Mr. KNOTTENBELT. Amsterdam 1863.

te voldoen zondigt de schuldenaar niet tegen de verbintenis. Anders wordt het, indien de schuldeischer van zijn recht wenscht gebruik te maken, en hij den schuldenaar kenbaar maakt dit te willen. Dit moet hij volgens onze wet doen door een ingebreke-stelling. Voldoet de schuldenaar daarna niet dan zondigt hij tegen de verbintenis; hij onttrekt zich aan de verplichting die hij op zich nam, hij miskent het recht van zijn schuldeischer, m. a. w. de wanpraestatie neemt een aanvang.

Niet anders is het, als een tijdsbetaling werd gemaakt. Gij hebt een stuk land verpacht voor *f* 100 in het jaar, te betalen 1 October van ieder jaar. Wat wilt gij daarmee zeggen? Niet anders dan dat uw pachter eerst op den 1[sten] October van ieder jaar schuldig wordt, gij dus ook voor dien tijd nog geen recht hebt op het beloofde. Indien hij nu 1 Oct. niet betaalt, zoo handelt hij nog geensins in strijd met de verbintenis, dat was uw bedoeling niet. Eerst als gij hem door een ingebreke stelling te kennen hebt gegeven, dat gij van uw recht dat 1 Oct. ontstond, wilt gebruik maken en hij dan niet voldoet, gaat hij zondigen, komt hij in mora.

Bij ons geldt dus niet de regel, »dies interpellat pro homine."

Hoe wordt men in gebreke gesteld?

Art. 1274 geeft het antwoord op die vraag.

Door een bevel of soortgelijke acte. Onder bevel hebben we te verstaan een deurwaardersexploit, une sommation. Wat is echter een *soortgelijke* acte?" Daarvoor

bestaat een bekende strijd. De vermelding van dien strijd zij hier voldoende. De kwestie loopt over de beteekenis van het woord soortgelijk; is het soortgelijk in vorm of in strekking. Zij die de eerste meening voorstaan achten b. v. een brief voldoende; de aanhangers van de tweede meening willen een formeele acte, een deurwaarders exploit. Deze laatste meening wordt over het algemeen als meer in overeenstemming met de bedoeling van de wet beschouwd, terwijl men jure constituendo de eerste aanbeveelt. De H. R. is evenwel van oordeel, dat het niet in strijd is met onze wet een brief als voldoende in gebreke stelling te beschouwen. De Raad gaf deze beslissing nog ten vorigen jare [1]). Verder komt men, zegt art. 1274, nog in mora uit krachte der verbintenis zelve, wanneer deze meêbrengt, dat de schuldenaar in gebreke zal zijn door het enkel verloop van den bepaalden termijn.

Wanneer doet zich dat voor. Eerstens als uitdrukkelijk is bedongen, dat door het verloopen van den gestelden termijn alleen de schuldenaar in gebreke zal zijn, maar ook, wanneer, hoewel niet uitdrukkelijk bedongen, het de blijkbare bedoeling der partijen is geweest. Dit laatste wordt evenwel niet algemeen aangenomen, onze tegenstanders verklaren dan ons art, uit art. 1138 C. c. Een vergelijking tusschen den tekst van ons wetboek

---

[1]) 9 December 1892 W. 6283. Zie ook het arrest van 19 December 1884 W. 5123,

en het Fransche doet evenwel zien, dat ons art. een veel ruimer beginsel bevat in het woord »medebrengt" dan het Fransche in »porte." In beide laatstgenoemde gevallen zou men kunnen spreken van »dies interpellat pro homine."

Als een der vereischten voor de actie tot ontbinding leerden we reeds kennen de wanpraestatie. Wanpraestatie ten opzichte van den tijd in wettelijken zin, mora, is er eerst dan, wanneer de nalatige partij in gebreke is gesteld, eerst na de in mora stelling wordt men nalatig. Hieruit volgt, dat slechts dan een ingebreke stelling voor de actie tot ontbinding vereischt is, indien men de ontbinding vraagt op grond van een zondigen tegen den tijd der vervulling. Geldt het een wanpraestatie ten opzichte van den inhoud der verbintenis dan is de in mora stelling niet noodig, ook zonder deze staat het vast, dat men niet deed, waartoe men zich verbond. Ook art. 1279 moet opgevat worden als slechts betrekking hebbende op mora.

In de praktijk krijgt de ingebreke-stelling echter een ruime toepassing, vooral door de volgende beschouwingen.

Indien men in het geheel niet nakomt, zondigt men zeker tegen den inhoud der verbintenis, maar ook tegen den tijd harer uitvoering, men komt niet tijdig na en er is dus een aanmaning noodig.

Komt men niet behoorlijk na, dan doet men niet dat, waartoe men verplicht was, men komt dus niet na en dit geval staat gelijk met het voorgaande.

Toch heeft onze theoretische beschouwing waarde, want er zijn gevallen. waarbij de wanpraestatie in geen enkel verband staat met dén tijd der uitvoering van de verbintenis. Zulks is het geval, als in een uittigchelingscontract, de huurder het gehuurde dieper heeft uitgegraven, dan hem bij het contract was toegestaan. Op dien grond ontbinding vragende, is voor de actie, een in mora stelling geen vereischte aldus besliste zeer juist het Prov. Gerechtshof in Gelderland [1]).

»dat de geïntimeerde in dit geding blijkens zijn dagvaarding niet klaagt over loutere verzuimen van appellant in de nakoming zijner verbintenis, maar over positieve handelingen zijnerzijds, die zijn in strijd met zijne uit de geslotene overeenkomst voortgevloeide verplichtingen, in hoedanig geval eene aan de actie tot ontbinding voorafgaande sommatie tot nakoming dier verplichtingen uit den aard der zaak niet te pas komt en dan ook door de wet niet wordt gevorderd."

Hoe juist het hierboven betoogde, aan de heeren Mom Visch en Knottenbelt ontleend, mij ook toeschijnt, kan het niet bogen op algemeene erkenning door onze Nederlandsche rechters. Sommige vonnissen gaan uit van het beginsel, dat steeds voor de actie tot ontbinding een ingebreke-stelling vereischt wordt. Zij gronden dit op art. 1279, aan de woorden niet-nakomen hechten zij dan een ruimere beteekenis, dan wij deden.

---

[1]) 19 Nov 1873 R. Bijbl 1875 pag. 85.

Andere vonnissen zijn van oordeel, dat indien louter ontbinding zonder schadevergoeding gevraagd wordt, nooit een in mora-stelling wordt vereischt. Art. 1302 spreekt daar immers niet van. Bovendien staan de acties tot nakoming en tot ontbinding op een lijn, de vereischten voor de een, zijn die voor de ander; acht men een ingebreke-stelling niet noodig voor de actie tot nakoming dan kan ze voor de actie tot ontbinding ook geen vereischte zijn.

Op het eerste argument zou ik willen antwoorden, dat men verkeerd doet door in art. 1302 de beantwoording van die vraag te zoeken. Die ingebreke-stelling was, zooals we zagen, doorgaans noodig om mora in wettelijken zin in het leven te roepen. Dit besliste de wetgever in het algemeen, toen hij het leerstuk der mora behandelde. Een herhaling te eischen telkens, wanneer mora kan te pas komen, zou een onredelijke en onpractische vraag zijn. Maar ook het tweede argument is onjuist. Voor de actie tot nakoming is niet noodig het vereischte, dat we reeds noemden voor de actie tot ontbinding, n.l. wanpraestatie.

Indien partijen zich verbonden hebben zonder tijdsbepaling, worden zij schuldig dadelijk bij het sluiten der overeenkomst, indien zij een tijdsbepaling gemaakt hebben, na het verstrijken van dien termijn; op die tijdstippen ontstaat het recht van den schuldeischer de nakoming te vragen, nergens heeft de wet dat recht van nog iets anders laten afhangen.

Maar kan men dan ook reeds ontbinding vragen? Volstrekt niet, daarvoor moet *niet zijn nagekomen*; ten opzichte van den tijd is volgens de wet niet-nagekomen, indien de schuldenaar is ingebreke gesteld. Op dien grond ontbinding vragende zal dus de actie niet gegrond zijn, zoo niet ingebreke is gesteld [1]).

Kan die ingebreke-stelling geschieden tegelijk met de dagvaarding of dient zij bij een afzonderlijk exploit plaats te hebben?

LAURENT verklaart zich voor het laatste. Het eerste aannemen, zegt hij, is ten opzichte van de hiervoor besproken vraag »dire non, après avoir dit oui."

De rechtbank te Rotterdam [2]) laat het afhangen van den aard der praestatie. Is deze van dien aard, dat er eenigen tijd voor noodig is, dan zal een voorafgaande ingebreke-stelling bij een afzonderlijk exploit dienen plaats te hebben, kan de praestatie dadelijk geschieden, dan staat er niets in den weg om te gelijk met de dagvaarding in gebreke te stellen.

»O. dat de gedaagde alzoo op wettige wijze is gesommeerd en dat daar, waar, gelijk in casu, geen termijn door den aard der praestatie voor de ingebreke-stelling werd gevorderd, zooals ook zelfs niet is beweerd, de gedaagde op voorzegde wijze nu ook wettig in gebreke is gesteld;

---

[1]) De uitgebreide jurisprudentie over deze kwestie is te vinden bij LEON en Supplementen daarop ad 1302 n°. 4.

[2]) 28 Februari 1885, R. Bijbl 1888, afd. B., pag. 276.

O. dat nergens bij de wet in het algemeen het afdoende of gegronde eener ingebreke-stelling als zoodanig wordt afhankelijk gesteld dáârvan, dat de daartoe betrekkelijke sommatie bij een afzonderlijk exploit zij geschied, maar dat integendeel gelijk in casu, die sommatie en ingebreke-stelling in hetzelfde exploit, als de dagvaarding, ook ter vermijding van meerdere kosten, alleszins kan geschieden."

Hoewel deze laatste practische grond overweging verdient, wil het mij toch voorkomen, dat een ingebreke-stelling tegelijk met de dagvaarding op zuiver theoretische gronden niet wel te verdedigen is. Wij betoogden reeds vroeger, dat de wanpraestatie moet bestaan op het oogenblik van de dagvaarding. Is dit hier het geval. Immers neen. De schuldenaar zondigt eerst tegen de verbintenis indien hij na de aanmaning nalatig *blijft*. Op het oogenblik der dagvaarding was hij dus nog niet nalatig [1]).

Moet hij, die de ontbinding vraagt zelf hebben voldaan, althans daartoe bereid zijn?

De beantwoording van deze vraag behoeft ons niet lang bezig te houden. Het antwoord werd reeds gegeven in het eerste hoofdstuk. Ik trachtte daar aan te toonen,

---

[1]) Ook is de dagvaarding zelve als zoodanig van twijfelachtige waarde, als men b. v. eerst sommeert, en indien de betaling *niet* binnen . . . . . dagen volgt, nu voor alsdan dagvaardt om te verschijnen enz.

dat indien een der partijen in een wederkeerige overeenkomst tot nakomen wordt aangesproken, terwijl de eischende partij zelf niet nakwam, noch zijn praestatie aanbood, de gedaagde zich kan beroepen op een hem toekomend recht. Natuurlijk afgezien van het geval, dat de gedaagde uit eenigen hoofde verplicht was eerst te praesteeren. Dat zelfde recht staat den gedaagde ten dienste, indien de ontbinding der overeenkomst wordt gevraagd. De eischer voegt dan den gedaagde toe, gij kwaamt uw verplichtingen niet na; dit geeft mij het recht de ontbinding der overeenkomst te vragen. De gedaagde zal hem evenwel antwoorden met de exceptio non adimpleti contractus; zoolang gij zelf uw verplichting niet vervuldet, althans u niet bereid verklaardet die te vervullen, was ook ik niet verplicht aan de mijne te voldoen; gij hebt dat niet gedaan, daarom kan van een niet-nakomen van mijn kant geen sprake zijn. Uw actie mist dus haar grondslag en zal u behooren te worden ontzegd.

Zal de eischer dan in zijn vordering worden ontvankelijk verklaard, hij zal dienen te bewijzen, dat hij wel voldeed of daartoe bereid was.

Men heeft het vereischte van voorafgaande praestatie of bereid zijn daartoe voor de ontvankelijkheid der actie tot ontbinding ook wel op andere gronden voor ons recht willen verdedigen dan de hier bovengenoemde. Men beriep zich dan op de condictio causa data causa non secuta of op de lex commissorin van het Ro-

meinsche recht. In onze actie tot ontbinding zag men het een of het ander Romeinsche instituut voortleven. Reeds vroeger had ik gelegenheid op te merken, dat zoowel het eene als het andere mij onjuist voorkomt.

Mr. FRUIN ziet de l. c. alleen in de artt. 1516 en 1553 B. W., in de actie tot ontbinding van het koopcontract. Ontkent hij het bovengenoemd vereischte in het algemeen voor de actie tot ontbinding, voor dit speciale geval ziet hij zich wel genoopt het aan te nemen wegens de verwantschap met de lex comm.

Evenwel Mr. LOHMAN toonde in zijn meergenoemd Themisartikel [1]) aan, dat onjuist is de opvatting, als zoude de actie tot ontbinding van het koopcontract zich zelfstandig hebben ontwikkeld. De actie van de art. 1516 en 1553 en die van art. 1303 hebben den zelfden oorsprong, zijn de zelfde. Voor allen zijn de vereischten gelijk. M. i. hebben we de nu gestelde vraag te beantwoorden in overeenstemming met het wezen der wederkeerige overeenkomsten. Dat dan het antwoord bevestigend is, dat zeide ik reeds.

Dat deze meening niet algemeen gedeeld wordt, bleek reeds vroeger. Ook bij de latere jurisprudentie vindt zij geen steun. Werd zij in oudere vonnissen algemeen gehuldigd, sedert lang is dit veranderd, zoodat thans een vonnis in overeenstemming met de hierboven verkondigde opvatting behalve natuurlijk als het koop en ver-

[1]) Themis 1858, pag. 205.

koop geldt, een uitzondering mag heeten. Bij dezen stand van zaken zal de gedaagde, indien het geldt de ontbinding eener wederkeerige overeenkomst zonder dat de eischer zelf voldeed of voldoening aanbood, wijs handelen, als hij niet van den rechter vraagt de niet ontvankelijkheid der actie, doch een eisch in reconventie instelt.

---

§ 3. *Verhouding tusschen de actie tot nakoming en die tot ontbinding.*

Indien ten opzichte van een der partijen in een wederkeerige overeenkomst de verbintenis niet is nagekomen, staat het haar vrij om òf de nakoming òf de ontbinding te vragen. Anders is het zoo de overeenkomst werd gesloten onder een gewone ontbindende voorwaarde. Is die voorwaarde vervuld, van nakoming der overeenkomst kan geen sprake meer zijn. Zoodra de voorwaarde vervuld was, hield de verbintenis op te bestaan en nakoming vragen van een verbintenis, die niet meer bestaat, zal wel niet mogelijk zijn. De gewone ontbinnende voorwaarde werkt ipso jure.

Niet zoo de ontbindende voorwaarde van art. 1302. Eerst wanneer haar vervulling door den rechter is geconstateerd, erlangt zij haar werking. De partij ten wier opzichte niet is nagekomen, moet dit aan den rechter vragen. Acht zij ontbinding der overeenkomst niet in haar belang, dan kan zij dit voorbij gaan en een ander

middel kiezen, dat haar ten dienste staat n. l. het meest voor de handliggende middel, dat ons is toegekend tot handhaving van ons recht, dat wij aan een overeenkomst ontleenen, de actie tot nakoming.

Men kan evenwel van de keuze afstand doen, door afstand, hetzij van het recht om nakoming te vragen, hetzij van het recht op ontbinding. Tegen dien afstand kan niets aangevoerd worden. Men laat varen, beschikt over een ons toekomend recht en nergens werd de vrijheid der handelings bevoegde personen daarin beperkt. Geen twijfel kan bestaan, zoo de afstand uitdrukkelijk werd gedaan. Voorzichtiger moet men zijn, indien de afstand stilzwijgend geschiedde. Op een bloot vermoeden zal men het niet aan mogen nemen, het zou onbillijk zijn en in strijd met het algemeen belang een afstand van een recht te vermoeden. Men zal het dus uit zulke handelingen moeten afleiden, die de actie ten eenen male uitsluiten.

Zoo doet men volgens Mr. Opzoomer afstand van de actie tot nakoming, indien men de rechterlijke tusschenkomst bij de ontbinding uitsluit [1]).

Als voorbeeld van een stilzwijgende afstand der actie tot ontbinding noemt Larombière [2]) het geval, dat de oorspronkelijke verkooper aan derden garandeert de vervreemdingen door den kooper aan hen gedaan. Il ne peut en effet, faire résoudre ce qu'il doit garantir.

---

[1]) Opzoomer V pag. 178.
[2]) Locombière ad art. 1184 n°. 99.

Art. 1303 geeft de keuze tusschen beide acties. Moet men dit nu als een zuiver alternatief opvatten, zoodat door de eene te kiezen men onvoorwaardelijk van de anderen afstand doet. Door dit aan te nemen zou men in niet geringe mate de bedoeling des wetgevers miskennen. De actie tot ontbinding werd juist naast die tot nakoming gegeven, om den schuldeischer beter in de gelegenheid te stellen zijn recht te handhaven. De wetgever wil den schuldeischer dus tegemoet komen, geensins bemoeilijken.

Indien nu de schuldeischer de actie tot nakoming heeft ingesteld en hij ziet in, dat hij geen voldoening althans geheele zal kunnen krijgen van zijn schuldenaar, dan zal het zeker meer in zijn belang zijn ontbinding te vragen. Hij mag dan de ingestelde actîe laten varen en die tot ontbinding instellen. Eveneens zal het gaan, zoo hij de actie tot ontbinding begon en het hem intusschen blijkt, dat er wel voldoening van den śchuldenaar te krijgen is.

De eischer zal dan eenvoudig afstand der instantie doen, waarop hij volgens art. 277 Rv. recht heeft mits betalende de kosten en, zoo hij het doet, voor het antwoord. Na het antwoord zal het ook nog wel kunnen gebeuren, maar dan slechts met toestemming der wederpartij.

Als de acte tot nakoming is toegewezen en de schuldenaar ook werkelijk aan zijn verplichting voldeed, kan van een verder ageeren uit het contract natuurlijk geen

sprake meer zijn; door de betaling ging dit te niet. Het kan echter ook gebeuren, dat de actie tot nakoming werd toegewezen, maar de schuldeischer in zijn poging om den schuldenaar daartoe te noodzaken niet slaagde. De vraag rijst nu kan de schuldeischer dan nog uithoofde dier niet-nakoming de ontbinding vragen.

Ik zou zeggen ja. Immers juist aan het feit, dat de actie tot nakoming niet altijd voldoende is, om het recht des schuldeischers te beschermen, heeft de actie tot ontbinding haar bestaan te danken. Men gaf den schuldeischer de keuze, van welk middel hij zich wilde bedienen, hij kan het beste beoordeelen, welk middel hem het voordeeligst zal zijn. Kiest hij de nakoming, maar blijkt, dat hij heeft misgetast, dat hij geen betaling, althans geen integrale betaling kan krijgen, dan heeft hij zijn recht op ontbinding nog niet verloren.

Dit te beweren, zou een ongerijmdheid genoemd mogen worden. Juist door de instelling der actie tot nakoming is gebleken, dat de schuldenaar niet nakomt.

Zou men dan, indien dit zoo ondubbelzinnig blijkt, een actie, die ons voor dat geval gegeven is, verloren hebben?

Die bedoeling blijkt ook volstrekt niet uit de woorden der wet, in den Code komt dit nog duidelijker uit dan in ons B. W. De schuldeischer zegt, art. 1184 kan »forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible." Daaruit blijkt toch niet, dat hij dan ook de actie tot ontbinding prijs geeft.

Ook de Hooge Raad [1]) heeft in den hier voorgestanen zin beslist, ja hij ging zelfs verder, door te overwegen, »dat art. 1303 niet eens verbiedt, dat beide vorderingen gelijktijdig alternatief worden ingesteld, zoodat, waar aanvankelijk doch vruchteloos is geprocedeerd tot nakoming, de actie tot ontbinding niet is verwerkt" [1]).

Indien de actie tot ontbinding is toegewezen, dan spreekt het van zelf, dat geen nakoming meer gevraagd kan worden, de ontbindende voorwaarde heeft haar werking erlangt en de verbintenis vernietigd.

Is zij echter afgewezen, dan kan later de nakoming worden gevraagd [2]).

Mag men ook beide acties tegelijk instellen?

In het algemeen zal men moeten antwoorden neen, een dergelijke cumulatie weerspreekt zich zelf. Men zou dan vragen nakoming van een overeenkomst, die men tevens liever als nooit te hebben bestaan, wilde beschouwen.

Die ongeoorloofde cumulatie is er niet, zoo men beide acties alternatief instelt. Men kan b. v. subsidiaire ontbinding vragen, voor het geval de actie tot nakoming niet werd toegewezen. Men vraagt dus niet beiden tegelijk, maar slechts de ander, indien het eerstgevraagde niet wordt toegestaan.

---

[1]) Zie over het instellen van een eisch tot nakoming subsidiair tot ontbinding, de rechtspraak, te vinden bij LEON ad art. 1303. n°. 15.

Ook DIEPHUIS acht dit geoorloofd. Dl X. pag. 291, In anderen zin Mr. des AMORIE VAN DER HOEVEN in Regtsgel. Bijbl. 1851. pag. 317.

[2]) LEON ad art. 1303 n°. 38.

Ingelijks bestaat die verboden cumulatie niet, indien men vraagt ontbinding voor de toekomst en nakoming voor het verleden. Dit kan te pas komen bij die contracten, waarbij eenerzijds de verplichting bestaat in een reeks van handelingen, anderzijds in een gelijk aantal equivalenten voor elk dier handelingen. Bij het behandelen der gevolgen van de ontbindende voorwaarde van art. 1302 toonden we reeds aan, dat die voorwaarde slechts tot zoover terugwerkt, kan terugwerken, waar de wanpraestatie begint; de verbintenis deelbaar in haar uitvoering, heeft zich in zoovele verbintenissen gesplitst; die welke werden nagekomen, waren juist door die nakoming te niet gegaan. Nu kan het zich ook zoo voordoen, dat de eischer voldeed, reeds enkele handelingen volbracht, waarvan een geheele reeks zijn verplichtiug uitmaakte. De wederpartij bleef echter in gebreke de equivalenten te voldoen.

Zij kwam dus haar verplichtingen niet na. Knoopen we dit geval vast aan de vroeger gehouden beschouwing dan zien we, dat niets in den weg staat, dat de eischer vraagt nakoming van die verbintenissen, waaraan door hem gevolg werd gegeven en ontbinding van het contract voorzooveel er nog van geen van beide kanten aan is voldaan, d. i. van die reeks verbintenissen, die nog voor beiden moeten worden nagekomen. De eischer door aan de zijne te voldoen betoonde zich bereid dit ook in het vervolg te willen, de gedaagde, die reeds nu niet nakwam, schond daardoor ook voor de toekomst zijn verplichtingen.

Wat oogenschijnlijk zoo ongerijmd scheen, bleek bij nader inzien een noodzakelijk gevolg der beginselen. De Hooge Raad houdt in zijn tegenwoordige beslissing zich streng aan den letter van art. 1301 B. W. en acht slechts de ontbinding van de overeenkomst in haar geheel mogelijk De hier ontwikkelde meening schijnt ons niet alleen juridisch juister toe dan die van ons hoogste rechtscollege, maar zij beveelt zich aan door billijkheid en is meer met het natuurlijk verstand in overeenstemming.

Vaak toch gebeurt het, dat de reeds door de eene partij vervulde praestaties niet meer ongedaan kunnen gemaakt worden, b. v. die door den verhuurder werden verricht, de termijnen, gedurende welke hij het verhuurde in genot aan den huurder afstond; door de ontbinding van het geheele contract moeten deze dus toch in stand blijven, terwijl de equivalenten òf vervallen òf niet meer kunnen worden opgeëischt.

Wel komt men volgens den leer van den Hoogen Raad tot een zelfde resultaat als wij, maar langs veel omslachtiger weg. Men zal moeten vragen ontbinding met schadevergoeding. De schadevergoeding wordt aldus berekend: voor de verleende praestatie worden in rekening gebracht de daarvoor ontvangen equivalenten, tot zoover betaalt men elkander met gesloten beurzen; mocht evenwel een of meerdere dier equivalenten niet zijn voldaan, dan zal het bedrag der schadevergoeding zijn, zooveel, als in de overeenkomst als equivalent werd bedongen.

Een zelfde resultaat dus, alsof ontbinding voor de toekomst, nakoming voor het verleden werd uitgesproken.

Een paar vragen resten mij ten slotte nog ter bespreking, zij zijn die over de accessoire en zelfstandige vordering tot schadevergoeding ten gevolge van wanpraestatie van een wederkeerige overeenkomst.

Slaan wij art. 1303 op geen twijfel kan er overblijven, of men kan de actie tot ontbinding doen vergezeld gaan van die tot schadevergoeding. Is dit evenzoo het geval met de actie tot nakoming? Men heeft het wel beweert en men leidde het dan af uit art. 1303. Men beriep zich dan op de komma achter het woord »vorderen," door dit beroep heeft die komma zelfs een zekere vermaardheid gekregen in onze rechtsgeleerde wereld. Die komma zou toch te kennen geven, dat de woorden met vergoeding van kosten, schaden en interessen ook op de actie tot nakoming slaan en dit zou te meer klemmen daar een dergelijk leesteeken in art. 1184 C. c. niet voorkomt Geen wonder, dat anderen zich door zulk een zwak argement niet lieten overhalen en bij hun gevoelen bleven, dat art. 1303 slechts de keuze gaf tusschen de actie tot nakoming en die tot ontbinding met schadevergoeding. Zoo werd ook steeds door de jurisprudentie beslist [1]).

Natuurlijk, dat zij, die slechts het oog op art. 1303

---

[1]) Zie Leon-Asser ad art. 1303 n°. 10 en 25.

sloegen niet gunstig gezind waren aan een vordering die louter schadevergoeding beoogde, wegens het niet-nakomen eener wederkeerige overeenkomst [1]).

Langzamerhand echter is in deze beschouwing verandering gekomen, men vond ook in dezen het ei van Columbus. Men stelde de vraag niet meer, laat art. 1303 het toe, maar derogeert art. 1303 ten opzichte van wederkeerige overeenkomsten aan de bevoegdheid elders (b. v. art. 1279) in de wet in het algemeen gegeven om schadevergoeding te vragen, wegens het niet-nakomen eener verbintenis.

Dit moet dus worden onderzocht. Art. 1303 noemt de actie tot nakoming naast die tot ontbinding.

Waarom vermelde de wetgever haar daar, terwijl hij bezig was over de actie tot ontbinding te spreken. Om die actie tot nakoming te beperken?. Geensins. De wetgever was juist bezig de bevoegdheden van den schuldeischer uit te breiden. Maar waartoe diende dan die vermelding? Omdat de wetgever wilde te kennen geven, dat zelfs als de ontbindende voorwaarde vervuld is, toch in dit geval het recht om nakoming te vragen behouden blijft, wat bij de ontbindende voorwaarde in het algemeen niet het geval is.

Blijkt nu hieruit, dat men bij de actie tot nakoming van wederkeerige overeenkomsten de accessoire vordering tot schadevergoeding niet wilde? Evenmin, als men over

---

[1]) Zie de jurisprudentie hierover bij Leon-Asser ad 1303 n⁰. 3.

de zelfstandige vordering tot schadevergoeding in art. 1303 eenige beperking stelde. Ten deze blijven dus gelde algemeene regelen, die de wetgever elders vaststelde [1]). De jurisprudentie heeft zich dan ook in den laatsten tijd meer en meer bewogen in de richting van deze gezonde wetsuitlegging. Vooral nadat de Hooge Raad [2]) beslistte, dat een zelfstandige vordering tot schadevergoeding wegens het niet-nakomen van een wederkeerige overeenkomst mogelijk was.

---

[1]) Zie over deze vragen Mr. Feith in de Nieuwe Bijdragen van 1870 pag. 214 vlg.

[2]) De H. R. besliste dit het eerst bij arrest van 25 Nov. en 23 Dec. 1870 W. 3268 en 3279.

BESLUIT.

Nu ik een overzicht gegeven heb over de talrijke rechtsvragen, die over onze artt. oprijzen, wil ik mijn proefschrift niet eindigen zonder een proeve geleverd te hebben, hoe naar mijn bescheiden meening voortaan deze questiën konden worden vermeden.

De beslissing zal gegeven worden in dien geest, welke mij, zooals boven breeder werd ontwikkeld, naar de beginselen juist voorkwam.

Ik ontveins mij geenszins de moeielijkheid van deze proeve, vooral nu het geldt verandering te brengen in een reeds bestaande wet, met wier voorschriften dient rekening te worden gehouden.

Werd een geheele herziening der verbintenissen ondernomen, ongetwijfeld zou een ander systeem worden gevolgd, dan van onze wet.

De vraag of in een wederkeerige overeenkomst een der partijen de ontbinding kan vragen zonder zelf voldaan te hebben of zich bereid te betoonen, behoort m. i. te

worden beslist in een art. dat handelt over de nakoming van wederkeerige overeenkomsten.

Een daartoe strekkend art. zou ik in onze wet willen inlassen in de derde afdeeling van den tweeden titel, boek III, van het gevolg der overeenkomsten, na art. 1374.

Het nieuwe art. luidt:

De vervulling eener wederkeerige overeenkomst kan van een der partijen niet worden gevraagd, tenzij de wederpartij harerzijds aan haar verplichting hebbe voldaan of zich tot voldoening bereid betoone.

Dit lijdt uitzondering, indien uit eenig beding der partijen, den aard der handeling of uitdrukkelijke wetsbepaling het tegendeel voortvloeit.

In plaats van de art. 1302 en 1303 zou ik de twee volgende artt. willen plaatsen in den vierden titel, handelende over het te niet gaan der verbintenissen.

Art. A.

Onafhankelijk van de gevolgen in het algemeen door de wet aan wanpraestatie eener verbintenis toegekend, heeft bij wederkeerige verbintenissen niet-nakoming door een der partijen het te niet gaan tengevolge van de overeenkomsten, waaruit zij zijn voortgesproten.

Is de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenis

deelbaar en reeds gedeeltelijk uitgevoerd, dan blijft de overeenkomst voor zoodanig gedeelte bestaan.

Rechterlijke uitspraak wordt vereischt, ten einde het bij lid 1 bedoelde gevolg te doen werken.

De rechter kan die werking verhinderen door op gronden van billijkheid aan den verweerder op diens verzoek een termijn toe te staan, om alsnog aan zijn verplichting te voldoen.

Deze termijn begint van den dag der uitspraak te loopen. Niet voldoening binnen dien termijn doet de overeenkomst zonder nader vonnis te niet gaan.

Partijen mogen de rechterlijke tusschenkomst uitsluiten.

Art. B.

Het te niet gaan der verbintenis brengt meê, dat de gevolgen, die zij reeds gehad heeft, zooveel mogelijk ongedaan worden gemaakt.

Het te niet gaan kan echter geen nadeel toebrengen aan de rechten van derden, die deze inmiddels te goeder trouw mochten hebben verkregen.

STELLINGEN.

I.

In ons recht bestaat de exceptio non adimpleti contractus.

II.

De vordering tot ontbinding eener wederkeerige overeenkomst op grond van wanpraestatie heeft de strekking den rechter het ontbonden zijn, niet de ontbinding te doen uitspreken.

III.

De bepaling van art. 1302 B. W. is niet van openbare orde.

IV.

Het is noodzakelijk, dat de wetgever de gevolgen der stilzwijgende ontbindende voorwaarde ten opzichte van derden verzacht.

V.

Degeen, te wiens opzichte de wederkeerige overeenkomst niet is nagekomen, kon behalve de vorderingen van art. 1303 B. W. ook een eisch tot enkele schadevergoeding instellen.

VI.

De meening der Romeinsche juristen, dat de grens tusschen koop en verkoop en aanneming van werk gelegen is in het feit of de besteller niet of al de stof levert, is niet houdbaar.

VII.

Voor partieele herziening van ons burgerlijk recht komt de 9de titel van het eerste boek B. W. bovenal in aanmerking.

VIII.

Zoolang een lijk niet is begraven, is het een zaak in het handelsverkeer.

IX.

Wettelijke regeling der crediet-hypotheek in den geest der Belgische wet van 16 Dec. 1851 is zeer raadzaam.

X.

Degeen, die door annonce, advertentie, prijscourant enz. aan het publiek zijne bereidwilligheid bekend maakt, om zekere voorwerpen voor een bepaalden prijs te verkoopen, te verhuren enz., doet daarmee een uitnoodiging aan het publiek, om bij hem aanbiedingen te komen doen.

XI.

Ten onrechte nam de Haarlemsche rechtbank (5 December '93 W. 6440) aan, dat de niet geregistreerde en ook door geen andere der in art. 1917 B. W. genoemde middelen van een zekere dagteekening voorziene onderhandsche akte, niettemin tegenover derden een begin van bewijs der daarin vermelde handeling kan opleveren.

XII.

Art. 91 W. v. K. regelt niet de verhouding tusschen den vervoerder en den geadresseerde.

XIII.

De vracht vóór het abandonnement verdiend, behoort aan den verzekerde.

XIV.

De artt. 61 en 63 der wet op het faillissement en de surséance van betaling bevatten onbillijke voorschriften.

XV.

Verplichtte vertegenwoordiging in burgerlijke zaken bij de colleges behoort te worden behouden.

XVI.

Indien in een exploit van dagvaarding een der artt. bedoeld in art. 92 B. R. niet is nageleefd en de gedaagde in verzet komende, nadat tegen hem verstek was verleend, die nietigheid inroept, kan de rechter die exceptie verwerpen volgens de bepaling van art. 94 B. R.

XVII.

Zeer wenschelijk ware een herziening der wijze van aanvullig onzer magistratuur.

XVIII.

Het is te betreuren, dat ons Wetboek van Strafvordering wettige bewijsmiddelen vordert tot vestiging van 's rechters overtuiging.

XIX.

Ten onrechte treden in strafzaken in sommige kantongerechten deurwaarders en andere personen (zaakwaarnemers, beunhazen) bij aanwezigheid van den beklaagde, als verdedigers op.

XX.

Het zonder middel van bestaan rondzwerven behoorde niet onder de strafbare feiten te worden genoemd.

XXI.

Art. 39 lid 3 en 4 der Jachtwet is niet door de Invoeringswet vervallen.

XXII.

Onder de in art. 96 G. W. voorkomende betrekkingen, die onvereenigbaar zijn met het lidmaatschap der Staten-Generaal, behoorde ook het ambt van minister voor te komen.

XXIII.

Met het oog op een eventueel huwelijk onzer koningin diene de wetgever voor dat geval van het gemeene huwelijksrecht afwijkende bepalingen vast te stellen.

XXIV.

Art. 50 2de lid der gemeentewet is toepasselijk op art. 51 dier wet.

XXV.

Ontbinding van de Provinciale Staten is niet in overeenstemming met de beginselen van ons staatsrecht.

XXVI.

Aan den Staat behoorde een wettelijk erfdeel te worden toegekend.

XXVII.

Het is niet wenschelijk, dat de arbeider den eigendom verwerft van de door hem betrokken woning.